Die rechtliche Natur der Wasserbenützung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl August Hornstein
Rechtspraktikant
aus Wasserburg am Bodensee.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Approbiert am 27. Oktober 1909.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Rieker

Meiner Mutter

und meinem Pflegevater

Jean Springer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Das Eigentumsrecht am Gewässer.

§ 1. Die öffentlichen Gewässer 5
§ 2. Die Privatgewässer.
1. Die geschlossenen Gewässer 16
2. Die Privatflüsse und -bäche 20
A. Die Privatflüsse und -bäche im Eigentum der Uferangrenzer 20
B. Die Privatflüsse und -bäche im Eigentum Dritter . . 21
C. Die Staatsprivatflüsse 21

Zweiter Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Wasserbenützung insbesondere.

§ 3. Der Gemeingebrauch.
1. Der Gemeingebrauch am Wasser im allgemeinen 23
2. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs 26
A. Rechtsverhältnisse des Gewässereigentümers zu den Gemeingebrauchsberechtigten 29
B. Rechtsverhältnisse der am Gemeingebrauch Interessierten untereinander 35
C. Rechtsverhältnisse der Gemeingebrauchsinteressenten zu den Nichtbeteiligten 37
§ 4. Die Immissionen.
1. Die Immission im allgemeinen 39
2. Die rechtliche Natur derselben.
A. Verhältnis des Staates zum Immittenten 40
B. Verhältnis des Immittenten zum Gewässereigentümer und zu den sonst am Wasser Berechtigten 41
§ 5. Die rechtliche Natur der besonderen Wassernutzungen ausschließlich der Stauanlagen.
1. Die besonderen Nutzungen an öffentlichen Gewässern . . 42
2. Die besonderen Nutzungen an Privatflüssen und -bächen.
A. Die Privatflüsse und -Bäche im Eigentum der Ufereigentümer 53
B. Die Privatflüsse und -bäche im Eigentum Dritter . . 56
C. Die Staatsprivatflüsse 56
§ 6. Die rechtliche Natur der Wasserbenützung durch Stauanlagen.
1. Die Wasserbenützung durch Stauanlagen an öffentlichen Flüssen und Staatsprivatflüssen und -bächen 57
2. Die Wasserbenützung durch Stauanlagen an den übrigen Privatgewässern 59
§ 7. Das Fischereirecht 60
§ 8. Schlußbemerkungen 62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0024

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. 14. Aufl. 1889.
Aström, Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa. Leipzig 1905.
Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufes nach alten und neuen Gesetzen. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 236 ff.
Bierer, Das württembergische Wassergesetz. 1902.
Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz. 1909.
Bl. f. adm. Pr. = Blätter für administrative Praxis. Bd. 30, 31, 39, 44.
Bl. f. RA. = Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 25, 26, 51, 69.
Börner im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 38 S. 155 ff.
Brenner, Wassergesetz v. 23. 3. 1907.
Buchert, Wassergesetze. 1900—1907.
Code Napoleon. Darmstadt und Gießen 1809.
Corpus iuris civilis edid. Fratres Kriegellie, Pars I: Inst. u. Digest.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 5. Aufl. Bd. 1. Jena.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1902.
Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.
Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1.
Dittmann, Zivilistische Bemerkungen zum bayerischen Wassergesetz von 1907. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 4 ff.
Döllinger, Sammlung der im Gebiete der inneren Staatsverwaltung des Königreichs Bayern bestehenden Verordnungen. Bd. 16. Teil 2.
Endemann, Das ländliche Wasserrecht. 1862.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1908. Bd. 2.
Eymann, Wassergesetz. 1908.
Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts.
GesBl. = Gesetzblatt für das Königreich Bayern. Jahrg. 1843.
Gierke-Binding, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abt. 2. Teil 3. Bd. 2.
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 1905.
Glück, Pandekten. Kommentar. Teil 8.
Hager, Über die Aufnahme des Wasserrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1890.
Haller, Württembergisches Wassergesetz. 1902.
Harster-Cassimir, Bayerisches Wassergesetz. 1908.
Henle-Schneider, Die bayerischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1909.
Jellinek, Das Recht des modernen Staates.
Kahr, Bayerische Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins. 1896.
Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes nach römischem Recht. 1867.

Krais, Gesetz v. 8. 8. 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichthofes und das Verfahren in Verwaltungssachen betr. 1888.
Kreittmayr, Anmerkungen zu dem Codicem Maximilianeum bavaricum civilem. Teil II u. IV.
Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Bd. 2. Berlin 1903/04.
Landmann-Rohmer, Kommentar für die Gewerbeordnung des Deutschen Reiches. 4. Aufl. 1903.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1900.
Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechtes. 1901.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. Berlin 1888.
v. Müller, Verwaltungsgerichtshof. 2. Aufl. 1902.
Nieberding-Frank, Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate. 2. Aufl. 1889.
Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht. 1903.
OGZ. = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts und Zivilprozesses. Bd. 4, 7, 8 und n. F. Bd. 6.
Peyrer-Heimstätt, Das österreichische Wasserrecht. 3. Aufl. 1898.
Pollwein, Bayerisches Gesetz v. 28. 5. 1852, die Benützung des Wassers betr. 1890.
Pfleghart, Grundzüge einer Bundesgesetzgebung über die Ausnützung und Verwertung der Wasserkräfte. Teil 1: Die Ausnützung der Wasserkräfte. Zürich 1907.
Pözl, Die bayerischen Wassergesetze v. 28. 5. 1852. 1. u. 2. Aufl. 1862 bis 1880.
Randa, Das österreichische Wasserrecht mit Bezug auf die ungarische und ausländische Wassergesetzgebung. 1891.
Randa, Das Eigentumsrecht. 2. Aufl. Bd. 1. 1893.
RegBl. = Regierungsblatt für das Königreich Bayern. Jahrg. 1825, 1857, 1865, 1871, 1873.
RGE. = Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 1, 2, 3, 6, 8, 12, 15, 18, 29, 35, 43, 51, 52, 58, 63.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.
Reger-Dyroff, Verwaltungsgerichtsgesetz. 4. Aufl. 1908.
Reuß, Die bayerischen Wassergesetze. 2. Aufl. 1896.
Roth, Bayerisches Zivilrecht. 2. Aufl. Teil 1 1881, Teil 2. u. 3 von Becher 1897/98.
Roth, System des deutschen Privatrechts. Bd. 1.
Sächs. Entw. = Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Sachsen.
Schenkel, Das badische Wasserrecht. 1902.
Schloßmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 45.
Schmitt, Bayerisches Fischereigesetz. 1909.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4 Aufl. 1902.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 30, 35, 47, 51.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. Bd. 1. 1888.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 1. Aufl. Bd. 2, 5.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3. u. 4. Aufl. 1907/08.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 1 u. 2. 1888.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2. Berlin 1897.

Verh. d. AK. = Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages betr. das Wassergesetz. 1905, 1907.
Verh. d. RK. = Verhandlungen der Kammer der Reichsräte des bayerischen Landtages; Anhang zum Beilagenband, Nachsession (Wassergesetz 1907).
VGHE. = Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes. Bd. 2, 3, 4, 5, 8, 11, 12, 15, 18, 19, 24, 25.
Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867.
Weiß, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern. 1909.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Aufl. 1906.
Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg. 48. Jahrg. Nr. 9. S. 277 ff. (Gmelin, Über öffentliche Straßen.)
Zeller, Der Entwurf eines preuß. Wassergesetzes. In den Annalen des Deutschen Reiches 1894.

Abkürzungen.[1])

Abs. = Absatz.
AG. z. BGB. = Die bayerischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Art. = Artikel.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Baden = Badisches Wassergesetz v. 26. 6. 1899.
Begr. = Begründung zum Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern. Verhandl. d. K. d. Abg. 1905 Beil.-Bd. 1, 9 S. 536–580.
d. d. = de dato.
EG. = Einführungsgesetz.
Erkl. d. K. Staatsm. d. J. = Erklärungen des Kgl. Staatsministers der Justiz.
FG. = Bayerisches Fischereigesetz v. 15. 8. 1908.
GemO. = Bayerische Gemeindeordnung.
GewO. = Reichsgewerbeordnung.
JurW. = Juristische Wochenschrift 1904.
KompE. = Entscheidung des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden bezw. seit 1879 des Kompetenzsenates beim Obersten Gerichtshofe.
KorrefAK. = Bericht des Korreferenten der Kammer der Abgeordneten.
KorrefRK. = Bericht des Korreferenten der Kammer der Reichsräte.
l. c. = loco citato.
Österreich = Reichsgesetz v. 30. 5. 1869 betr. die der Reichsgesetzgebung vorbehaltenen Bestimmungen des Wasserrechtes.
Preuß. ALR. = Preuß. allgem. Landrecht.
RefAK. = Bericht des Referenten der Kammer der Abgeordneten.

[1]) Hier aufgeführt, soweit sie nicht schon im Literaturverzeichnis enthalten sind.

RRA. = Protokolle des Ausschusses für das Wassergesetz der Kammer der Reichsräte; Verhandl. der Reichsratskammer, Anhang zum Beil.-Bd., Nachsession 1907, S. 124 ff.
RStGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
VB. = Bekanntmachung, den Vollzug des Wassergesetzes für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907 betreffend (Gesetz- und Verordnungsblatt 1907 S. 876 ff.).
VerfUrk. = Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern v. 26. 5. 1818.
WBG. = Gesetz über die Benützung des Wassers vom 28. 5. 1852.
WG. = Wassergesetz v. 23. 3. 1907.
Württemberg = Wassergesetz v. 1. 12. 1900.
ZEG. = Zwangsenteignungsgesetz v. 17. 11. 1837.
ZPO. = Reichszivilprozeßordnung.

Einleitung.

Bayern hatte bis zum Jahre 1852 kein einheitlich geregeltes Wasserrecht. Ebenso wie in den einzelnen Landesteilen verschiedene Zivilgesetze in Geltung waren, ebenso waren auch die wasserrechtlichen Bestimmungen von einander abweichend, nachdem sie regelmäßig in die an den einzelnen Orten geltenden Zivilgesetze aufgenommen waren. Als Zivilgesetze kamen hierbei für Bayern vor allem in Betracht das bayer. Landrecht von 1616 bezw. 1756, das Bamberger und Würzburger Recht, ferner das preuß. allgem. Landrecht und das französische Zivilgesetzbuch.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis enthält in Teil II Kap. 1 § 5 die Bestimmung, „daß unter die res communes et iure gentium publicas, deren Gebrauch zwar Jedermann, das Eigentum aber Niemanden zuständig ist, insgemein nicht nur das Meer samt den Gestaden, dann die uneingeschränkte freie Luft und vorbeifließenden Wässer, sondern auch schiffreiche Ströme und offene freie Land- und Heerstraßen gerechnet werden zumal, was gedachte Ströme und Straßen anbelangt, aber andergestalt nicht, als salvis Juribus Territorialibus". Kreittmayr[1]) führt hierzu aus: Alle rinnenden Wässer sind heutzutage entweder in Dominio publico vel privato. Unter das erste gehören regulariter nur die Flumina publica, oder öffentliche Wasserströme, worauf die gemeine Freischiff- oder Floßfahrt zu gehen pflegt (Estor, Deutsches Recht § 1060 usw.).

Bezüglich der Privatflüsse und -bäche bemerkt er: „Von Bächen und allen anderen Privatflüssen, welche ... nicht unter die Flumina publica gehören, ist hier weiter kein mehreres zu bemerken, als daß sie eodem Jure geachtet werden, wie der Grund selbst, den sie durchfließen, dergestalt, daß der Eigentümer des Grundes auch Herr vom Bach ist ... Ich kann also mit dem Wasser, welches entweder auf meinem Grund ent-

---

[1]) Anm. über den Codicem Maxim. bavaricum civilem Teil II Kap. 1 § 5 S. 75.

sprungen oder von einem fremden Grunde dahin abgeflossen ist, machen, was ich nur will ... und bin nicht schuldig, solches auf meines Nachbars Grund weiter abfließen zu lassen, sondern ich mag es selbst gebrauchen oder anderwärts hinleiten, wenngleich mein Nachbar Schaden dadurch leidet".

Nach der Auslegung des bayer. Landrechtes wurden also die öffentlichen Flüsse als im Eigentum des Staates und die privaten als im Eigentum der Ufergrundstückseigentümer stehend betrachtet. An letzteren hat der Grundstückseigentümer ein vollkommen freies Verfügungsrecht hinsichtlich des Wassers und braucht auf seinen Nachbar hierbei keinerlei Rücksicht zu nehmen. Hinsichtlich der öffentlichen Ströme sagt Kreittmayr a. a. O., daß es bei ihnen die nämliche Bewandtnis habe, wie bei allen anderen res publicae, hinsichtlich welcher überhaupt weder Untertanen noch Auswärtigen der Gebrauch weiter zusteht, als denselben von der Landesherrschaft ausdrücklich oder stillschweigend vergönnt wird; „es steht mithin bei dem Landesherrn, den Gebrauch der öffentlichen Ströme zuzulassen, zu erweitern, einzuschränken oder pro re nata gar zu verbieten und abzustellen". Dies bilde allerdings nur die Regel, sagt Kreittmayr weiter, „welche jedoch per observantiam localem, pacta, privilegia, leges regni fundamentales et alia iura singularia vielmal ihren Abfall leidet".

Weitere Bestimmungen über das Wasserrecht enthalten die §§ 10, 11 u. 12 des Teil II Kap. 3 BLR., und zwar hinsichtlich der alluvio, insula und des alveus derelictus, und ferner der § 12 des Teil II Kap. 6. Dieser letztere Paragraph handelt von dem Recht, aus fremden Brunnen, Teichen und Privatflüssen Wasser zu schöpfen, das Vieh zur Tränke alldahin zu treiben, Wasser von dort ab- und auf seinen Grund entweder unmittelbar oder über dazwischen liegende fremde Gründe zu leiten. All diese Befugnisse werden zu den Felddienstbarkeiten gerechnet. „Ohne eine solche Servitut sollte weder aus fremden Brunnen und Wasser, noch über fremde Gründe ohne allseitigen Eigentumsherren Bewilligung eine eigenmächtige Wasserleitung statthaben, und wenn dieselbe gar aus einem öffentlichen Strome (Flumine publico) ... geführt werden soll, so geht dieses auch ohne landesherrschaftliche gnädigste Bewilligung nicht an."[1]) Endlich enthält das bayer. Landrecht in Teil IV Kap. 16 § 11 die Bestimmung, daß bei Anlegung eines neuen Dammes, wodurch das schädliche Regenwasser auf andere Grundstücke getrieben wird, dem geschädigten Eigentümer die actio aequae pluviae arcendae

[1]) vgl. auch Kreittmayr Anm. Teil II Kap. 8 § 12 S. 742ff.

zusteht. Kreittmayr[1]) sagt hierzu: „1. Ist ohne Vorwissen und Genehmigung der gnädigsten Landesherrschaft in öffentlichen Flüssen und schiffreichen Wasserströmen weder zum Schaden und Abbruch der Schiffahrt noch sonstiger Veränderung des Rinnsals etwas zu bauen oder zu unternehmen erlaubt. 2. Mag auch keiner an seinem Gestade ein sogen. Wurf- oder anderes Werk, wodurch das Wasser mit Gewalt auf des Nachbars Seite hinübergetrieben wird, anlegen usw."

Die Bestimmungen des bayer. Landrechtes über das Wasserrecht waren somit keineswegs durchweg klar und erschöpfend; dieselben den Bedürfnissen der damaligen Zeit einigermaßen angepaßt zu haben, ist das Verdienst des bayerischen Gesetzesinterpretators Kreittmayr.

Neben dem bayer. Landrecht kommt für die damalige Zeit noch die landesherrliche Verordnung v. 26. 1. 1790, das allgemein systematische Wasserbauwesen betr. in Betracht. Diese Verordnung bestimmt, daß an den schiffbaren und fahrbaren Flüssen Einrichtungen getroffen werden sollen, durch welche die Verheerungen der Hochwasser und Eisstöße hintangehalten werden. Außerdem enthielt die allgem. Verordnung Bestimmungen über den Faschinenbau, über das Verbot des Verkaufs von Inseln, Auen und sogen. Anschütten, ferner über die Wendung von Wassereinbrüchen sowie über die Beobachtung der Wasserhöhe, der dazu benützten Maße und Pegel, endlich über Beschädigungen der Aufpflanzungen an Flüssen sowie über die Abfuhr von Steinen und Sand aus der Isar.[2])

Im linksrheinischen Teil Bayerns (Rheinpfalz) galten bis zum Inkrafttreten der bayerischen Wassergesetze von 1852 die wasserrechtlichen Bestimmungen des code civil in livre II titre 1 chapitre III p. 538, titre II section I p. 556—563 und titre IV chap. I p. 640—645. Diese französischrechtlichen Bestimmungen waren viel klarer und erschöpfender als die des bayer. Landrechtes

Das Zwangsenteignungsgesetz v. 17. 11. 1837, welches in Art. 1 A zur Förderung und Erleichterung der Nutzbarmachung der Gewässer, nämlich zur Regelung des Laufes und der Schiffbarmachung von Strömen und Flüssen (A Ziff. 4), der Erbauung von öffentlichen Kanälen, Schleusen, Brücken, von öffentlichen Häfen oder der Vergrößerung schon vorhandener, die Zwangsabtretung für zulässig erklärte, war selbstverständlich nicht imstande und vom Gesetzgeber auch nicht dazu bestimmt, die mißlichen wasserrechtlichen Verhältnisse zu beseitigen.

---

[1]) Anm. Teil IV Kap. 16 § 11 S. 625.
[2]) Döllinger Bd. 16 Teil II §§ 631ff. S. 850ff.

Je mehr nun aber im Laufe der Zeiten die Technik und die damit Hand in Hand gehende Wasserausnützung voranschritt, desto fühlbarer machten sich die unzulänglichen wasserrechtlichen Bestimmungen geltend und allgemein wurde in Bayern der Wunsch immer dringender nach einem einheitlichen, systematisch ausgebauten, die einzelnen Wasserrechtsverhältnisse übersichtlich und vollständig regelnden Wassergesetze.

Im Jahre 1843 bat deshalb der Landtag zunächst im landwirtschaftlichen Interesse um Vorlage eines Wiesenkulturgesetzes (Landtagsabschied v. 25. 8. 1843 Ges. Bl. S. 33); Ende 1845 wurde der Ständeversammlung der erbetene Entwurf vorgelegt, jedoch zu einer gesetzlichen Regelung des Wasserrechtes kam es damals nicht. Erst im Jahre 1851 wurde von der Staatsregierung dem Landtag eine Neuregelung des privaten und öffentlichen Wasserrechtes in Vorschlag gebracht. Hieraus gingen in der Folge die drei Gesetze v. 28. 5. 1852 über die Benützung des Wassers, über die Bewässerung und Entwässerungsunternehmungen zum Zwecke der Bodenkultur, endlich über den Uferschutz und den Schutz gegen Überschwemmungen hervor. Diese drei Gesetze, bei welchen das französische Wasserrecht einen nicht unerheblichen Einfluß ausübte, waren mit wenigen Änderungen (Gesetz v. 15. 4. 1875, die Bestimmung des Art. 89 des Gesetzes v. 28. 5. 1852 betr., ferner AG. z. BGB. Art. 147, 148, 149 l. c.) bis zum 1. 1. 1908 in Geltung. An diesem Tage trat das neue Wassergesetz v. 23. 3. 1907 in Kraft, welches sich einerseits an das a. WBG. von 1852 anschließt, andrerseits aber auch der erhöhten Bedeutung in vollem Umfang Rechnung zu tragen sucht, welche in unserer Zeit dem Wasser zukommt. —

Daß bei der Ausgestaltung des neuen Wassergesetzes nicht alle im Laufe der Jahre entstandenen Streitfragen und Unklarheiten aus der Welt geschaffen werden konnten, liegt in der Natur der Sache. Unter anderem ist so eine der bestrittensten Materien des alten bayerischen Wasserbenützungsgesetzes und des Wasserrechtes überhaupt, die Frage nach der rechtlichen Natur der Wasserbenützung, auch in das neue bayerische Wassergesetz mit übernommen worden.

In folgendem sei nun der Versuch gemacht, die rechtliche Natur der Wasserbenützung näher darzulegen.

Da jedoch bei der Darstellung dieses Rechtsverhältnisses das Eigentumsrecht am Gewässer als solchem von prinzipieller Bedeutung ist, erscheint es zweckdienlich, zuerst hierüber nähere Untersuchungen anzustellen.

Erster Abschnitt.

Das Eigentumsrecht am Gewässer.

§ 1.

Die öffentlichen Gewässer.

Wir müssen bei unserer Betrachtung ausgehen von der Unterscheidung in öffentliche und private Gewässer. Schon das römische Recht kannte sie. In der lex 43 tit. 12 D. de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur § 3 sagt Ulpian (libro 68 ad Edictum): „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non, publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsius probat, videtur esse probabilis". In § 2 l. c. definiert er den Begriff „perenne" mit den Worten: „Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia, perenne est, quod semper fluat, ἀέννα (perennis), torrens ὁ χειμάρρους (hieme fluens). Si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est". Nach Ulpian sind also im Anschluß an Cassius und Celsius öffentliche Flüsse die ständig fließenden, wobei ein zeitweiliges Austrocknen des Flußbettes an der Eigenschaft des Flusses als solchem nichts ändert, während die nur im Winter fließenden (hieme fluens) zu den Privatflüssen gehören, auf welche das Interdictum de fluminibus keine Anwendung findet gemäß § 4 l. c.: „Hoc interdictum ad flumina publica pertinet; si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum, nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum".

Ob nach römischem Rechte auch Bäche (rivi) zu den öffentlichen Flüssen zählten, ist bestritten. Manche rechnen sie zu den Privatflüssen, so insbesondere Windscheid, Pand. Bd. 1 § 146 Anm. 7 und Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufes nach alten und neuen Gesetzen, in der Zeitschr. für Vergl. Rechtsw. Bd. 2 S. 263 ff. In der Tat macht auch Ulpian in § 1 l. c. eine Unterscheidung zwischen flumen und rivus, indem er sagt: „Flumen a rivo magnitudine

discernendum est, aut existimatione circumcolentium". Er läßt also die Größe des Wassers und event. die Ansicht der Nachbarn entscheidend sein, ob ein Gewässer ein Fluß oder ein Bach ist. Da Ulpian die Bäche nicht zu den Flüssen rechnet, wird man sie auch dann nicht zu den öffentlichen Flüssen zählen dürfen, wenn sie beständig fließen. Sie standen wohl, wie die Privatflüsse, im Privatbesitz. Die meisten Schriftsteller über Wasserrecht sind allerdings anderer Meinung. Sie sind der Auffassung, daß unter den öffentlichen Flüssen auch beständig fließende Bäche zu verstehen seien, da die Römer besondere Rechtssätze für die Bäche nicht aufstellten, vielmehr unter den Begriff „flumen" in der Regel auch der Bach fiel.[1])

Die öffentlichen Flüsse gehörten im römischen Rechte zu den res publicae, welche extra commercium waren und an denen ein ausgedehnter Gemeingebrauch bestand, insbesondere zur Schiffahrt und zum Genuß von Wasser. In lib. 43 tit. 14, l. un. § 1 sagt Ulpian: „Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur, und in tit. 12 l. 2 führt Pomponius (libro 34 ad Sabinum) aus: „Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit. nisi Imperator aut Senatus vetet, si modo ea aqua in usu publico non erit".

Aus dieser Eigenschaft der öffentlichen Flüsse als res extra commercium wird dann gefolgert, daß sie nicht im Eigentum des Staates stehen können; sie werden, wie die anderen öffentlichen Sachen, als niemandem gehörig, auch nicht dem Staate selbst, betrachtet; das Recht des Staates an den öffentlichen Flüssen soll vielmehr nur Ausfluß eines publizistischen Hoheitsrechtes sein.[2]) —

Eine zweite Meinung, der auch wir uns anschließen, läßt an öffentlichen Flüssen Eigentum bestehen und zwar stehen dieselben im Eigentum des Staates. Zur Begründung dieser Meinung wird auf l. 1 Pr. D.: de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt 43, 1 Bezug genommen, in welcher Ulpian (libro 67 ad Edictum) die res divini und res

---

[1]) vgl. hierüber Baron a. a. O. Bd. 1 S. 261ff.; Börner im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 38 S. 155; Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes nach römischem Rechte 1867 S. 84.

[2]) Diese Meinung wird insbesondere vertreten von Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Rechte, Göttingen 1867, S. 76ff.; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 146 Anm. 11; Stobbe, PrivR. Bd. 1 § 64 Anm. 46; Wächter, Pand. Teil I S. 279f. und in der Praxis für das gemeine Recht auf Grund des römischen Rechts von den OAppG. Darmstadt und Braunschweig und vom RG., Seufferts Arch. Bd. 47 Nr. 180, Bd. 51 Nr. 6, Bd. 30 Nr. 114 und Bd. 35 Nr. 186.

humani iuris aufzählt und letztere wieder scheidet in die, an welchen Eigentum besteht, und die, an welchen ein solches nicht besteht. Zu ersteren rechnet er auch die öffentlichen Flüsse, was er ausdrückt mit den Worten: „. . . quae sunt alicuius, haec sunt aut publica, aut singulorum; publica, de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis etc.“ Auch in liber 1 tit. 1 § 2 J. de rerum divisione werden die öffentlichen Flüsse als im Eigentum des Staates stehende Sachen bezeichnet: „Flumina autem omnia . . . publica sunt“. Ferner beruft man sich auf Pomponius (libro 34 ad Sabinum) l. 30 § 3 D. de aquirendo rerum dominio 41, 1: „. . . flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, quum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus eius esse debet, cuius antea fuit“. Darnach ist also bei den Römern das Eigentum des Staates an dem Flußbett dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört.[1])

Dagegen wurde im römischen Rechte die fließende Wasserwelle (aqua profluens) allgemein als ein keinerlei sachenrechtlicher Herrschaft unterliegender Naturkörper betrachtet, der Gemeingut aller war. Quellenmäßige Belege hierfür finden sich in liber 1 tit. 1 § 1 J.: „Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens . . .“ und in der gleichlautenden l. 2 § 1 D. de divisione rerum 1, 8.[2]) —

Das ältere deutsche Recht unterschied ebenfalls öffentliche und private Flüsse. Es sah aber im Gegensatz zum römischen Rechte in der Schiffbarkeit des Flusses das wesentliche Unterscheidungsmerkmal. Eigentümlicherweise scheint der Sachsenspiegel die Unterscheidung in öffentliche und Privatflüsse nicht zu kennen, er sagt im II. Buch Titel 28 § 4 nur: „Swilch wazzerstrâmez vlûzet (stromweis fließt) daz is gemeine zu varende und zu vischende inne“.

Die deutschrechtliche Auffassung ist auch als die gemeinrechtliche anzusehen. Hier vermochte also das eindringende römische Recht die deutschrechtlichen Grundsätze nicht zu verdrängen. Während das römische Recht, entsprechend der für ein südliches Klima besonders erheblichen Benutzung der Flüsse zur Bewässerung, das Unterscheidungsmerkmal, wie wir

---

[1]) vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 73, 1 und Note 4; Gierke, Deutsches PrivR., Leipzig 1905, Bd. 2 § 102 S. 29 ff. und Note 40 und Arndts, Pand. § 49.

[2]) vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 69; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 146; v. Roth, Bayer. Zivilrecht Teil 1 § 54; Gierke a. a. O.; Seuffert, Prakt. Pandektenrecht Bd. 1 § 57; Arndts, Pand. § 49, 2.

gesehen haben, zwischen öffentlichen und privaten Flüssen darin gesucht hat, ob sie ständig Wasser führen oder zeitweilig austrocknen, legte die deutsche Auffassung und ihr folgend das gemeine Recht, wie auch die meisten späteren partikularrechtlichen Wassergesetze, den Schwerpunkt auf die Benutzung der Flüsse als Verkehrswege und zählte zu den öffentlichen Flüssen nur die schiff- und die flößbaren.

Das Eigentum am Flußbett dieser öffentlichen Flüsse stand nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre dem Staate zu.[1]) Allerdings war dieses staatliche Eigentum durch den Gemeingebrauch sehr beschränkt. Dieser bestand einmal in der Straflosigkeit der Entnahme von fließendem Wasser durch jedermann, welche unter besonderen Umständen verboten werden konnte. Im allgemeinen war der Gemeingebrauch eingeschränkt auf das Schöpfen, Baden, Trinken, Waschen, dann auf die Benutzung zum Schiffen und Flößen sowie zum Ableiten der Abwässer. Während im römischen Rechte die Fischerei in öffentlichen Flüssen frei war,[2]) hatte nach deutschem und gemeinem Rechte das Fischereirecht an öffentlichen Flüssen nur der Staat und wer es von diesem durch Verleihung oder durch unvordenkliche Verjährung erworben hatte. Schon in der constitutio de regalibus vom Jahre 1158 (II. feud. 56) werden piscationum reditus als Regal bezeichnet.[3])

In den späteren landrechtlichen Kodifikationen ist vielfach ausdrücklich dem Staate ein Eigentum an den öffentlichen Flüssen zugesprochen, so im preuß. allgem. Landrecht in Teil II Titel 14 § 2, wo das Eigentum am Flusse als „ein gemeines Eigentum des Staates" bezeichnet wird. Das Reichsgericht hat allerdings im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes diesem gemeinen Eigentum des Staates die Natur eines wirklichen Eigentumes abgesprochen und die öffentlichen Flüsse für das Gebiet des preußischen Rechts als res nullius erklärt (Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 3 Nr. 65 und Bd. 35 Nr. 61). Allein das „gemeine Eigentum" führt diesen Namen nur deshalb, weil es zum Dienste der Allgemeinheit bestimmt ist, hört aber damit nicht auf, wirkliches Eigentum zu sein.[4]) Auch das österr. Gesetzbuch in § 287,

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. § 73, 1; Gierke a. a. O. S. 30 Note 40; Arndts, Pand. § 49; Stobbe, PrivR. Bd. 2 § 64; v. Roth, System des deutschen PrivR. Bd. 1 § 79.

[2]) § 2 J. de rerum divisione 2, 1: „. . . ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque".

[3]) vgl. Stobbe, PrivR. Bd. 1 S. 538 Anm. 34; Heilfron, Lehrb. des bürgerl. R. Allgem. Teil § 29; Dernburg, Pand. § 73, 1 U Note 8.

[4]) vgl. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 251; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 67.

die Anhalt-Dessau- und Cöthensche Verordn. v. 28. 10. 1848 in § 1, das bayer. Wasserbenützungsgesetz v. 18. 5. 1852 in Art. 1 Abs. 1 und das hess. Wassergesetz v. 14. 6. 1887 in Art. 78 sprechen ausdrücklich dem Staate ein Eigentum an den öffentlichen Gewässern zu. Dabei folgen diese Gesetze alle der deutschrechtlichen Auffassung, indem sie schiff- und flößbare Gewässer zu den öffentlichen Gewässern rechnen. Nur das württembergische Wassergesetz v. 1. 12. 1900 hat, dem römischrechtlichen Grundsatz folgend, alle ständig fließenden Gewässer als öffentliche Gewässer erklärt, wogegen in den badischen Wassergesetzen v. 26. 6. 1899 wiederum die deutschrechtliche Auffassung die Oberhand behalten hat.[1]) Das in der Pfalz vor dem Inkrafttreten des bayer. Wasserbenützungsgesetzes vom Jahre 1852 geltende Recht des code civil bestimmte gleichfalls, daß schiffbare und flößbare Ströme und Flüsse, Ufer usw. zum Staatsvermögen gehören. Der einschlägige art. 538 livre II titre 1 chap. 3 lautet: „. . . les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages . . . sont considérés comme des dépendanes du domaine public". —

Auch das neue bayer. Wassergesetz v. 23. 3. 1907, in Geltung seit 1. 1. 1908, folgt der deutschrechtlichen Auffassung, indem es in Art. 1 Abs. 1 die Flüsse und Flußteile, welche zur Schiff- oder Floßfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- oder Floßfahrt dienen, als öffentliche Gewässer erklärt und in Art. 2 dem Staate ausdrücklich Eigentum an den öffentlichen Gewässern zuspricht.

Da das neue Wassergesetz so wenig wie das Wassergesetz von 1852 sagt, welcher Natur das „Staatseigentum" ist und worauf es sich erstreckt, d. h. ob nur auf das Flußbett oder auch auf die Wassersäule — die fließende Welle —, müssen wir nach beiden Richtungen hin unsere Untersuchungen anstellen.

Ergänzend hinter dem Wassergesetz stehen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über Eigentum. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst gibt allerdings auch keine Definition des Eigentumsbegriffes; es zählt vielmehr in § 903 übereinstimmend mit der gemeinrechtlichen Doktrin[2]) nur die Hauptbefugnisse des Eigentümers nach der positiven und negativen Seite auf. Ebensowenig findet sich in den Quellen des römischen und des älteren deutschen Rechtes eine Definition des Eigen-

[1]) vgl. Brenner, Das Wassergesetz (Handausg. mit Erl.) 1908 S. 27.
[2]) vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 167.

tumsbegriffes. Die Wissenschaft hat sich deshalb von jeher abgemüht, den Begriff des Eigentums zu präzisieren.[1])

Auf die verschiedenen Begründungen des Eigentumsbegriffes einzugehen, ist hier nicht der Ort. Auch darüber können wir keine Erörterungen anstellen, inwiefern der Eigentumsbegriff im Laufe der Zeit seine Gestalt gewechselt hat. Hierwegen sei auf die eingehende Darstellung bei Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 § 120 und bei Stobbe-Lehmann Bd. 2 Halbbd. 1 § 94 verwiesen. Für uns kommt nur das Eigentum in Betracht, wie es sich heute entwickelt hat. Das Eigentum ist darnach heute seinem formellen Begriffe nach ein abstraktes, an sich unbeschränktes und ausschließliches sachen- bezw. vermögensrechtliches Individualrecht einer Person. Es ist an sich ein unbeschränktes Sachenrecht, da es, insoweit es nicht seiner Ausübung nach durch gesetzliche Vorschrift oder Rechte Dritter beschränkt ist, eine so vollkommene Macht über seinen Gegenstand gibt, wie sie an diesem von der Rechtsordnung überhaupt zugelassen wird. Da es nur vermöge der Rechtsordnung besteht, so können auch die Befugnisse, die es dem Eigentümer gibt, nur in dem Rahmen dieser Ordnung, d. h. nur unbeschadet der Beschränkungen, die auf gesetzlicher Vorschrift sich gründen oder auf Rechten Dritter beruhen, ausgeübt werden. Ein unbeschränktes ausschließliches Herrschaftsrecht ist daher das Eigentum nicht, nachdem es durch gesetzliche Beschränkungen und durch partielle Herrschaftsrechte Dritter in der Ausübung eingeschränkt werden kann. Diese Beschränkung kann in so hohem Maße bestehen, daß der Eigentümer keine Einwirkung auf die Sache ausüben darf. Allein auch die Eigentumsbeschränkung in dieser weitreichendsten Form ist keine Minderung des Eigentums seinem Inhalte nach, sondern tritt nur der Ausübung des Eigentumsrechts entgegen. Die Befugnisse der Allgemeinheit oder besonderer Dritter, durch welche das Eigentum seiner Ausübung nach eingeschränkt wird, sind nicht dem Eigentum entnommen, sondern von demselben unabhängige Berechtigungen, die auch dann, wenn sie den gleichen Inhalt haben wie die einzelnen Befugnisse des Eigentümers doch nicht mit diesem identisch sind. Fallen daher diese beschränkenden Befugnisse wieder weg, so gelangt die volle Verfügungsmacht wieder an den Eigentümer, ohne daß er die weggefallenen iura in re aliena erst erwerben muß. Das Eigentumsrecht umfaßt also alle Herrschaftsbefugnisse,

---

[1]) Über die einzelnen hierbei in Betracht kommenden Schriftsteller s. bei Glück Teil 8 S. 27ff. und bei Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 § 120 Note 1 u. 2.

die ihm nicht besonders durch gesetzliche Vorschrift oder Rechte Dritter entzogen sind, und stets behält es die Fähigkeit, durch Wegfall der abgezweigten Rechte wiederum zum vollen Herrschaftsrechte anzuschwellen.[1]) —

Versuchen wir nun den gefundenen Eigentumsbegriff auf das Eigentum des Staates an öffentlichen Gewässern anzuwenden:

Der Staatsregierung steht vor allem ein ausgedehntes Verfügungsrecht hinsichtlich der öffentlichen Flüsse zu. Sie ist nach Art. 11 Abs. 1 bayer. WG. ermächtigt, über die gemäß Art. 10 dem Staate erworbenen Verlandungen zu verfügen, soweit sich dies ohne Eingriff in die Natur des öffentlichen Gewässers denken läßt. Mit der Verfügung geht das Eigentum an den Verlandungen gemäß Abs. 3 des Artikels auf diejenigen über, denen sie zugeteilt sind. Die Staatsregierung ist ferner nach Art. 12 Abs. 2 WG. ermächtigt, das verlassene Flußbett zur Entschädigung der durch die Veränderung des Flußlaufes geschädigten Grundstückseigentümer zu verwenden. Das verlassene Flußbett bleibt zunächst Eigentum des Staates (Art. 12 Abs. 1). Die Staatsregierung kann sodann, muß aber nicht, das verlassene Flußbett zur Entschädigung der durch die Veränderung des Flußlaufes geschädigten Grundeigentümer diesen abtreten, d. h. für die geschädigten Grundeigentümer besteht kein Anspruch auf Abtretung des verlassenen Flußbettes, vielmehr hat die Staatsregierung hierin völlig freie Verfügungsmacht. Sie ist dabei nicht einmal an die für die Veräußerung von Staatsgut bestehenden verfassungsmäßigen Grundsätze gebunden.[2])

Nach Art. 13 Abs. 1 WG. werden Inseln, die in einem öffentlichen Flusse entstehen, Staatseigentum, über welches gemäß Abs. 2 dieses Artikels die Staatsregierung wiederum verfügen kann.

Aus allen diesen gesetzlichen Bestimmungen ist zu entnehmen, daß dem Staate ein volles und uneingeschränktes Eigen-

[1]) vgl. wegen der Definition des Eigentums Crome, System des deutschen bürgerl. R., Berlin 1905, Bd. 3 § 388; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. 8. Aufl. Bd. 2 § 67; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 § 195; Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R., 4. Aufl., Berlin 1900, Bd. 2 § 13; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 167; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 192; Stobbe-Lehmann, Deutsches PrivR. Bd. 2 § 94; Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 § 120; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 181; Sintenis, Zivilr. § 47 Anm. 13; vgl. auch die abweichende Ansicht von Schloßmann in Jherings Jahrb. Bd. 45 S. 289ff., der das Eigentum nicht für ein unbeschränktes Machtrecht erachtet, sondern nur als ein Ausschließungsrecht, das sich von den anderen Ausschließungsrechten dadurch unterscheidet, daß es nicht wie solche durch einen besonderen Zweck begrenzt wird.

[2]) vgl. Brenner Anm. 2 zu Abs. 1 Art. 2.

tum zusteht an den Teilen eines öffentlichen Flusses bezw. eines gewesenen öffentlichen Flusses, welcher also nicht mehr die Eigenschaft eines solchen hat bezw. nicht mehr als Teil eines solchen gilt. Der nach Art. 26 l. c. an den öffentlichen Gewässern bestehende Gemeingebrauch ist von selbst mit dem Moment erloschen, wo das Flußbett verlassen, die Verlandung oder die Insel sich gebildet hat. In diesem Moment lebt das freie unbeschränkte Eigentum des Staates an dem betreffenden Teile wieder auf.

Die Eigentumsmacht des Staates an den öffentlichen Gewässern zeigt sich auch noch in anderer Richtung. Nach Art. 42, 43 bayer. WG. ist zu jeder Art von Wasserbenützung, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellt oder die mittels einer besonderen Anlage in oder an öffentlichen Gewässern erfolgt, die Erlaubnis der Verwaltungsbehörde erforderlich. Diese Erlaubnis ist allerdings öffentlichrechtlicher Natur; allein ihr muß die Zustimmung des Staates als Eigentümer des Gewässers zur Benützung des Wassers vorausgehen. Diese Zustimmung ist ein privatrechtlicher Akt, den der Staat als Eigentümer des Gewässers vornimmt. Der Referent der Kammer der Reichsräte bemerkte in seinen Ausführungen zu den Art. 42, 43 l. c., daß hier die praktischen Konsequenzen des Art. 2 l. c. zutage träten. Selbst wenn aus polizeilichen Gründen der Erteilung der Erlaubnis zur Wasserbenützung nichts im Wege stünde, hänge diese doch weiter davon ab, ob der Staat als zivilrechtlicher Eigentümer gewillt sei, sein Eigentum der Benützung durch einen Dritten zu überlassen.[1])

Die Zustimmung zur Wasserbenützung, die der Staat als Eigentümer des Gewässers gibt, kann in einem besonderen privatrechtlichen Vertrage zwischen ihm und dem Dritten zum Ausdruck gebracht werden, bei welchem es sich um die Konstituierung eines Privatrechtes zur Wasserbenützung handeln kann.[2]) Wenn also der Staat in seiner Eigenschaft als Eigentümer des öffentlichen Gewässers einem Dritten durch Vertrag ein nach den Vorschriften des Privatrechtes zu beurteilendes Wasserbenützungsrecht einräumen kann, dann muß ihm auch zivilrechtliches Eigentum am Flusse zustehen. Dieses zivilrechtliche Eigentum des Staates zeigt sich auch darin, daß beim Wegfall eines auf Zeit eingeräumten Benützungsrechtes des Dritten der Staat sein Eigentum wieder frei von dem Rechte

---

[1]) vgl. die Verh. d. RK. Anh. z. Beil.-Bd. Nachsession 1907 S. 34.

[2]) vgl. Beil. 6 S. 197 d. Verh. d. RK. Anh. z. Beil. Bd. 1 Nachsession 1907.

erlangt und nunmehr wieder anderweitig frei über die Wasserkraft verfügen kann.

Das Eigentumsrecht des Staates am öffentlichen Gewässer erleidet ebensowenig wie ein sonstiges zivilrechtliches Eigentum an einer nichtöffentlichen Sache eine Einbuße dadurch, daß durch den bestehenden Gemeingebrauch seine Herrschaftsgewalt über das Gewässer nach bestimmten Richtungen eingeschränkt wird.

Man wird sonach das Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Gewässern für das neue bayerische Wasserrecht wenigstens als wahres zivilrechtliches Eigentum erachten dürfen, welches aber durch den allgemeinen Gebrauch beschränkt ist. Pfleghart (S. 62) sagt auch: „Darüber, daß hierunter kein anderes als das gewöhnliche zivilrechtliche Eigentum verstanden ist, lassen die von der Regierung abgegebenen Erklärungen keinen Zweifel übrig. Dem Versuche von Dittmann,[1]) dem Staatseigentum an den öffentlichen Gewässern eine Doppelnatur beizulegen, und zwar eine privatrechtliche, aber zugleich öffentlichrechtlich gebundene, wird man deshalb nicht beipflichten können.[2]) Übrigens sprechen auch die Mot. z. 1. Entw. BGB. (Bd. 2 S. 27) dafür, daß an öffentlichen Flüssen privatrechtliches Eigentum des Staates möglich ist. Dieselben sagen: „Die Ausnahme von der Regel, daß die Sachen fähig sind, Gegenstand von Privatrechten zu sein, gehören dem öffentlichen Rechte an; die römischrechtliche Anschauung, daß die dem allgemeinen Gebrauche entzogenen Sachen „außer Verkehr“ seien entspreche dem heutigen Rechte nicht: sie könnten insoweit Gegenstand von Privatrechten sein, als nicht die in der Rechtsordnung gegründete Bestimmung der Sache entgegentrete. Soweit es sich hier um Verhältnisse handle, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, müsse die Ordnung derselben den Bundesstaaten überlassen bleiben. Nun sind tatsächlich nach dem gegenwärtigen Stande weder im Reichsrecht noch im Landesrecht die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen, wozu auch die öffentlichen Flüsse gehören, wie wir bereits gesehen haben, als „verkehrsunfähig“ aus dem Rahmen des Privateigentums herausgestellt. Daraus ist die Schlußfolgerung berechtigt, daß auch an ihnen heute privates Eigentum stattfindet, und zwar

---

[1]) Zivilist. Bemerkungen zum bayer. Wassergesetz von 1907, in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern Jahrg. 1908 S. 6 f.

[2]) vgl. insbesondere Pfleghart, Grundzüge einer Bundesgesetzgebung über die Ausnützung und Verwertung der Wasserkräfte, Teil I: Die Ausnützung der Wasserkraft, Zürich 1907, S. 58 ff.; Brenner, WG. Anm. z. Art. 2; Harster-Cassimir, Komm. z. bayer. Wasserges. S. 19.

steht dies in der Regel an den als dem Verkehr entzogenen öffentlichen Flüssen dem Staate zu.[1]) —

Worauf erstreckt sich nun das Eigentumsrecht des Staates am öffentlichen Gewässer? „Ein Gewässer ist ein vom Wasser dauernd oder zeitweise bedecktes Grundstück; es besteht aus der vom Wasser bedeckten Bodenfläche, dem Bette und der darüber befindlichen Wassersäule, dem Flußschlauch“ (Brenner S. 32). Die Bodenfläche, das Bett und das im Bette befindliche Wasser machen also zusammen das Wassergrundstück aus.[2]) Das Eigentumsrecht am Flußbett erstreckt sich notwendigerweise von selbst auch auf die Wassersäule, an welcher vorbehaltlich der Beschränkungen durch die besonderen Benutzungsrechte anderer und durch den Gemeingebrauch ein Sondereigentum nicht möglich ist.[3]) Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das Eigentum am Wasser sich auch auf die einzelne fließende Welle erstreckt. v. Roth (Bayer. Zivilrecht Teil I § 54) nimmt allerdings für das bayerische Recht ein Eigentum des Staates auch hinsichtlich der fließenden Wasserwellen an, da nach Art. 39 WBG. von 1852 Flüsse und Bäche, welche weder zur Schiffahrt noch zur Floßfahrt dienen, mit Inbegriff des stehenden Gefälles als zu den Grundstücken gehörig betrachtet werden. Er unterscheidet dabei aber nicht zwischen dem Eigentum am Flusse in seiner Gesamtheit und dem an der einzelnen Welle. Der Auffassung von Roth können wir hier nicht folgen:

Die Herrschaft über die Wasserwelle beginnt erst in dem Moment, wo sie durch den Eigentümer des Flußbettes abgesperrt wird. Solange die Absperrung nicht erfolgt ist, hat der Flußeigentümer keinerlei Herrschaftsmacht über die Wellen, er kann also auch kein Eigentum an ihr haben. Daraus folgt aber nicht, daß ein Eigentum am fließenden Wasser überhaupt unmöglich ist. Was von der einzelnen Welle gesagt ist, gilt nicht schlechthin von der Gesamtmenge des im einzelnen Zeitmoment im Flußbett enthaltenen Wassers. Über die Gesamtwassermenge, die sich jeweils im Flußbett befindet, kann der Flußeigentümer

---

[1]) vgl. hierüber auch Gmelin, Über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen, in der Zeitschr. f. freiw. Gerichtsb. in Württemberg, 48. Jahg. Nr. 9 S. 277 ff.

[2]) vgl. Verh. d. K. d. Abg. 1905/06 Beil.-Bd. 3, Beil. 377 S. 157; auch Aström, Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa, Leipzig 1905 S. 11 und Pfleghart S. 58 ff.

[3]) vgl. Brenner S. 32 und Hager, Über die Aufnahme des Wasserrechtes in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1890, S. 21 f.

nach seinem Gutdünken verfügen, vorbehaltlich der ihm durch die Rechtsordnung selbst gezogenen Schranken.[1])

Die Gesamtwassermenge ist auch räumlich begrenzt durch die Uferlinien der öffentlichen Flüsse. Diese Begrenzung, die jederzeit festgestellt werden kann, genügt, um das Flußbett mit der in demselben hinströmenden Wassermenge als Sache im Rechtssinne erscheinen zu lassen (vgl. Pfleghart S. 58 ff.).

An der Gesamtwassermenge, welche sich im einzelnen Zeitmoment im Flußbett befindet, ist also Eigentum wohl möglich. Es besteht hierin aber, wie wir oben ausgeführt haben, kein vom Wassergrundstück gesondertes Eigentum, vielmehr ist das Wasser des Flusses in seiner Gesamtheit Bestandteil des Flußbettes; Sonderrechte können hieran nicht bestehen.

Eymann[2]) anerkennt für das bayerische Recht nur am Flußbett allein ein Eigentum. Er folgert aus der Einräumung des Gemeingebrauches am fließenden Wasser, daß an demselben kein Privateigentum möglich sei; denn dann könnte die Aneignung nicht jedem freigegeben sein, außer es wäre die Enteignung durch Beobachtung gewisser Formen vor sich gegangen oder der Eingriff in das Privateigentum in der Form einer Verfassungsänderung geschehen.

Diese Auffassung dürfte nicht zutreffend sein. Der Gemeingebrauch ist eine gesetzliche Beschränkung des Eigentumsrechtes des Staates am öffentlichen Gewässer. Der Inhalt des staatlichen Eigentums wird durch diese gesetzliche Beschränkung nicht gemindert, wie wir bereits weiter oben ausgeführt haben, die Herrschaftsmacht des Eigentümers wird nur in der Ausübung beschränkt. Von einer Enteignung kann also keine Rede sein bei Duldung des Gemeingebrauches. Im übrigen ist der Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern viel älter als das Enteignungsverfahren. Er hat, wie wir im Eingang dieses Paragraphen ausgeführt haben, schon im römischen und im älteren deutschen Rechte bestanden, zu Zeiten, in welchen es überhaupt noch kein gesetzliches Enteignungsrecht gab.

Fassen wir unsere bisherigen Ausführungen kurz zusammen, so ergibt sich, daß an der einzelnen Wasserwelle der öffentlichen Gewässer zwar kein Eigentum bestehen kann, daß aber

---

[1]) Er braucht z. B. die Ableitung des ganzen Flußbettes durch einen anliegenden Grundeigentümer zum Zwecke der Bewässerung seiner Wiesen nicht zu dulden, wogegen er gegen das Wegschöpfen einer Wasserwelle, z. B. zur Begießung der Blumenbeete eines anliegenden Gartenbesitzers, keine Einwendungen erheben kann.

[2]) Das Wassergesetz für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907 Bd. 1, Ansbach 1908, S. 167 ff.

am Flußbett und an der jeweils in demselben befindlichen Wassersäule zusammen ein einheitliches zivilrechtliches Eigentum des Staates besteht.

§ 2.

Die Privatgewässer.

Privatflüsse waren, wie wir bereits im vorigen Paragraphen gesehen haben, im römischen Rechte die zeitweise austrocknenden Flüsse (flumina torrentia) und im älteren deutschen und gemeinen Rechte sowie in den meisten partikularen Wassergesetzen die nicht schiffbaren und nicht floßbaren Gewässer.

Die Privatgewässer sind teils geschlossene, wie Seen, Teiche, Zisternen, Brunnen und in anderen Behältern gesammeltes Wasser, teils fließende, wie Flüsse, Bäche, Gräben, Kanäle, künstlich angelegte Wasserleitungen, Quellen.[1]) Die bayerischen Wassergesetze von 1852 und 1907 rechnen die künstlich angelegten Wasserleitungen und Kanäle, soweit sie sich auf dem Grundstück des betreffenden Grundstückseigentümers befinden, und die Quellen sowie das sich natürlich sammelnde Wasser, solange es vom Grundstück noch nicht abgeflossen ist, zu den geschlossenen Privatgewässern (Art. 33 WBG. und Art. 16 WG.).

Wie verhält es sich nun hinsichtlich des Eigentums an den Privatgewässern? Wir müssen hier zwischen den geschlossenen Gewässern und den Privatflüssen und -bächen unterscheiden.

1. Die geschlossenen Gewässer.

Nach römischem Rechte (portio agri videtur aqua viva, quemadmodum siquid operis in aqua fecisset l. 11 pr. D quod vi aut clam 43, 24) wurde das Eigentum am Grundstück nicht nur auf den Grundstücksboden selbst, sondern auch auf das Wasser, welches auf dem Grundstück und unter dem Grundstück im Erdinnern vorhanden war, auf das Grundwasser, sowie auf die an das Tageslicht tretende Quelle ausgedehnt (s. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 198 Abs. 1). In der l. 1 § 12 D. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3 heißt es: „Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit".

Auch im deutschen und gemeinen Rechte waren die Eigentumsverhältnisse an den von dem Grundstücke eines Eigentümers

[1]) vgl. Stobbe-Lehmann Bd. 2 § 103.

rings umschlossenen Gewässern einfach gestaltet. Hiernach gehörte zum Boden auch dessen Untergrund mit allem, was sich von Natur in demselben befindet, also auch das Wasser, das sich auf dem Boden sammelt oder dort entspringt. Die geschlossenen Gewässer unterlagen also dem freien Verfügungsrecht des Eigentümers des Grundes und Bodens, soweit dieser nicht durch Rechte eingeschränkt war, welche andere durch Vertrag oder durch Verjährung erworben hatten.[1]) —

Die neueren Wassergesetze, auch das bayerische Wasserbenützungsgesetz von 1852 (Art. 33) und das Wassergesetz von 1907 (Art. 16), haben diese Grundsätze beibehalten. Das Wasser der geschlossenen Privatgewässer wird geradezu als pars soli betrachtet.[2])

Gemäß Art. 16 bayer. WG. erstreckt sich das Eigentumsrecht an einem Grundstück, soweit nicht andere Rechtsverhältnisse entgegenstehen, auf das Wasser, welches sich auf dem Grundstück in Seen, Weihern, Teichen, Zisternen, Brunnen und anderen Behältern, künstlich angelegten Wasserleitungen, Kanälen und Gräben befindet, weiterhin auf das auf dem Grundstück entspringende, sich auf dem Grundstück natürlich sammelnde Wasser, jedoch nur so lange, als es von dem Grundstück noch nicht abgeflossen ist. Bezüglich dieser Gewässer wird volles zivilrechtliches Eigentum allgemein anerkannt; welches hierbei der Umfang des Eigentumsrechtes selbst ist, geht aus der soeben angeführten Gesetzesstelle klar hervor, so daß hier von weiteren Ausführungen Abstand genommen werden kann.[3])

Bei den geschlossenen Gewässern muß auch für jeden Fall an unserer Auffassung festgehalten werden, wonach nur am Wasserbett und an dem auf demselben jeweils vorhandenen Wasser Eigentum möglich ist (vgl. oben § 1), wie dies hier das Gesetz selbst hervorhebt.

Eymann (S. 166), der das fließende Wasser, wie oben erwähnt, für res extra commercium hält, will diesen Satz auch auf die geschlossenen Gewässer ausdehnen, sobald dieselben über den Rahmen kleinerer, der privatrechtlichen Verfügung unterliegenden Gewässer hinausgehen. Diese Auffassung widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Hätte das Gesetz das Eigentumsrecht am Grundstück auf das in demselben be-

---

[1]) vgl. Stobbe-Lehmann Bd. 2 § 103; v. Roth, Bayer. Zivilrecht Teil III § 286 u. Teil I § 50 I; Stobbe Bd. 1 § 64.

[2]) Reuß, Die bayer. WG. von 1852 Anm. zu Art. 33.

[3]) vgl. VGHE. Bd. 16 S. 226, 26, 237; Reuß S. 66; Meisner S. 213; Eymann S. 265, Bl. f. adm. Pr. Bd. 30 S. 107 u. 261; ferner KompE. RegBl. 1865 S. 1358, 1872 S. 1428; OGZ. Bd. 4 S. 40, 7, 47, 8, 293.

findliche Wasser nur insoweit erstrecken wollen, als es sich innerhalb eines bestimmten Rahmens bezüglich seiner Größe hält, so würde es auch diesen Rahmen genau bezeichnet und festgelegt haben. Nachdem es aber das Eigentum an geschlossenen Gewässern schlechthin ohne Unterscheidung der Größe eines solchen dem Grundstückseigentümer beilegt, muß angenommen werden, daß eine Unterscheidung, wie sie Eymann konstruieren möchte, vom Gesetz nicht beabsichtigt ist und deshalb auch nicht besteht.

Eymann (S. 166, 167) neigt weiterhin der Ansicht zu, daß größere Seen, mit Ausnahme der im Staatseigentum stehenden, niemals im Privateigentum eines einzelnen stehen werden, und daß deshalb die Grenzen der verschiedenen Eigentumsanteile am Wasser nicht aufzufinden seien, außerdem aber auch durch Zu- und Abfluß, durch Niederschläge und Verdunstungen ein stetiger Wechsel in den verschiedenen Wasserteilchen stattfinde, welch letztere ohne jede Willensäußerung des Eigentümers sich auf dessen Eigentum sammeln oder daraus verschwinden.

Dies scheint aber insofern nicht richtig zu sein, als eine Auffindung der Eigentumsgrenze im Wasser selbst gar nicht nötig ist, es genügt vielmehr die Auffindung im Bett des fließenden Wassers oder im Behälter des geschlossenen Gewässers (Art. 6, 21 Abs. 2 WG.).[1]) Der Umstand ferner, daß das Wasser zu- und abfließe, daß es verdunste ohne Willen des Eigentümers, trifft nicht nur an einem See, Weiher oder Teich zu, sondern auch beispielsweise an einem gegrabenen Brunnen; auch hier hebt und senkt sich der Wasserspiegel je nach dem vorhandenen Grundwasser ohne Willen des Eigentümers. — Nicht nur auf einem See verdunstet ferner das Wasser, sondern auch in einer gemauerten Zisterne tritt dieser Vorgang verhältnismäßig ein. Trotz alledem erstreckt sich aber das Eigentumsrecht am Grundstück unbestrittenermaßen auch auf das in der Zisterne oder in dem Brunnen befindliche Wasser.

Man sieht, die Ansicht Eymanns über das Eigentumsrecht am Gewässer führt hier bereits zu Ergebnissen, die der unzweideutigen Fassung des Gesetzes zuwiderlaufen. Dagegen dürfte unsere Auffassung, wie sie oben in § 1 dargelegt wurde, bezüglich des Eigentumsrechtes an den öffentlichen Gewässern auch hier im Gesetze selbst eine Stütze finden:

Nach Art. 16 l. c. erstreckt sich das Eigentumsrecht am Grundstück auch auf das über demselben befindliche Wasser in Seen usw. Darnach bilden das Seebett und das darin be-

[1]) s. auch Harster-Cassimir S. 89.

findliche Wasser zusammen den Gegenstand des Eigentumsrechts; das Wasser ist hier deutlich nichts anderes als ein Bestandteil des Grundstücks, auf welchem es sich befindet.

Genau so haben wir oben das Eigentumsrecht am öffentlichen Gewässer konstruiert. Nun wird vielleicht der Einwand erhoben, daß zwischen öffentlichen Gewässern, bei welchen doch hauptsächlich **Flüsse** in Betracht kommen, und geschlossenen Gewässern, Seen, Teiche usw., ein großer Unterschied sei. Dies wird nicht in Abrede gestellt:

Zwischen einem „Flusse" und einem „See" besteht gerade bezüglich des Wassers unter anderem als Hauptunterschied gewöhnlich der, daß bei ersterem das Wasser mehr oder weniger rasch dahin fließt, während es beim See, dem geschlossenen Gewässer, anscheinend stille steht — aber nur scheinbar. Denn in Wirklichkeit findet auch bei dem Wasser eines Sees ständig entweder ein unterirdischer oder ein oberirdischer Abfluß statt, so daß von einem Stillestehen des Wassers streng genommen nicht gesprochen werden kann, auch wenn das Fließen des Seewassers im Verhältnis zu dem des Flusses viel weniger oder vielleicht auch gar nicht für das bloße Auge des Beobachters sich bemerkbar macht. Aber in Wirklichkeit rinnt nicht nur die Wasserwelle des Flusses, sondern auch die des Sees ständig dahin; geschlossenes Gewässer und fließendes Gewässer sind in dieser Beziehung also durchaus nicht so verschieden, wie es auf den ersten Blick vielleicht den Anschein erweckt.

Art. 16 Abs. 1 Ziff. 3 WG. bestimmt außerdem auch, daß sich das Eigentumsrecht an einem Grundstück auch auf das Wasser, welches darauf entspringt, erstreckt, solange es nicht abgeflossen ist. Die Quelle ist aber doch nichts anderes als eine aqua profluens, und dennoch umfaßt das Eigentumsrecht am Grundstück auch diese!

Wenn nun aber so einerseits das Gesetz in Art. 16 l. c. den Umfang des Eigentumsrechtes und auch dessen Rechtsnatur am geschlossenen Gewässer festlegt, wenn andererseits das einzelne geschlossene Gewässer (See, Weiher, Brunnen) oder die aqua profluens dem öffentlichen Flusse in seiner innersten Natur gleicht, wenn ferner das Gesetz nirgends davon spricht, daß das „Eigentum" am öffentlichen Flusse anders aufgefaßt werden müsse als das Eigentum am geschlossenen Gewässer, — dann muß hieraus der Schluß gezogen werden, daß das Eigentumsrecht am öffentlichen und am geschlossenen Gewässer einheitlich konstruiert werden muß, wie wir dies getan (vgl. § 1 oben).

Es ist demnach nicht richtig, den Begriff „Eigentum“ für die Privatgewässer des Art. 16 ff. WG. anders zu gestalten als für die öffentlichen Gewässer des Art. 2 WG.

Selbst wenn im übrigen bei Art. 2 l. c. noch Zweifel bestehen sollten, was unter Eigentum zu verstehen ist, Art. 16 ff. geben genauen Aufschluß, was das Gesetz unter „Eigentum“ verstanden wissen will. Dann ist aber für Auslegungsregeln wohl kein Platz mehr.

2. Die Privatflüsse und Bäche.

Privatflüsse und Bäche sind nach bayerischem Rechte die in einem natürlichen Rinnsal fließenden Wasser, die im Gegensatz zu den öffentlichen Flüssen nicht der Schiffahrt dienen.[1]) Für den Begriff eines Privatflusses ist weder die Menge des abfließenden Wassers noch die zeitweise Austrocknung des Rinnsals, wie im römischen Rechte, maßgebend; auch ein Graben, der in seinem natürlichen Gerinne das im dortigen Gelände sich sammelnde Quell- und Niederschlagswasser abführt, fällt unter die Privatflüsse.[2])

Hinsichtlich des Eigentums hat man dreierlei Arten von Privatflüssen zu unterscheiden, nämlich solche, welche im Eigentum der Uferangrenzer, oder Dritter oder des Staates stehen (Art. 21, 23 u. 24 WG.). — Wie schon nach dem bisherigen Wasserbenützungsgesetz von 1852 besteht auch nach dem neuen Wassergesetz die Vermutung, daß das Eigentum an Privatflüssen in der Regel den Ufereigentümern zusteht, und daß das Eigentum des Staates und das Dritter eine Ausnahme von der Regel bildet, welche von dem Behauptenden bewiesen werden muß.[3])

A. Die im Eigentum der Uferangrenzer stehenden Privatflüsse und Bäche bilden zusammen mit dem Ufergrundstück ein Grundstück. Sie sind also ein Bestandteil des Ufergrundstückes, wenn auch nicht ein wesentlicher Bestandteil; denn sie können, soweit nicht landesrechtliche Teilungsverbote bestehen, durch den Eigentümer vom Ufergrundstück abgetrennt werden wie jeder andere Teil eines Grundstückes. Da diese Privatflüsse und Bäche nicht als selbständige Grundstücke, sondern nur als Fortsetzung

---

[1]) vgl. OGZ. Bd. 14 S. 475 u. VGHE. Bd. 11 S. 266.
[2]) vgl. VGH. Bd. 17 S. 223, Bd. 25 S. 349.
[3]) vgl. Brenner Art. 21 Anm. 1.

des Ufergrundstückes zu gelten haben, können sie auch im Grundbuch nicht besonders eingetragen werden.[1])

Das Eigentum erstreckt sich hier, wie bei den öffentlichen Flüssen und geschlossenen Privatgewässern auf das Flußbett und die darin befindliche Wassersäule. Hierüber kann der Ufereigentümer vorbehaltlich der allenfallsigen Rechte Dritter frei verfügen.

Gehören die Ufer verschiedenen Eigentümern, so wird die Flußgrenze mangels einer gegenteiligen Vereinbarung derselben bestimmt durch eine durch die Mitte des Flusses nach Maßgabe des mittleren Wasserstandes zu ziehende Linie und durch Senkrechte von den Endpunkten der Landgrenzen auf diese Flußmittellinie. Hier kann jeder Ufereigentümer über den ihm zufallenden Anteil am Flusse frei verfügen, sofern er dadurch nicht in den Anteil seines Gegenüberliegers eingreift.[2]) Hier ein Miteigentum der gegenüberliegenden Ufereigentümer anzunehmen, wird nicht angängig sein, da die für das Miteigentum aufgestellten Rechtsvorschriften auf das Flußeigentum bezw. auf die Flußanteile nicht angewendet werden können.[3]) Jeder Ufereigentümer hat vielmehr Eigentum am Flußbett bis zur Mitte des Flusses und demgemäß auch das Wasserbenutzungsrecht nur zur Hälfte.[4]) Schon in westfälischen Weistümern (bei Grimm Bd. 3 S. 29 Abschn. 2) ist gesagt: „dar twee wischen tegen einander liggen, und eine rechte floit tüschen enne beiden henne geit, und op erer beider erve springet, des sollen se beide glück gebruicken". Auch das gothaische Wassergesetz (§ 24) und das preuß. Wassergesetz (§ 14) bestimmten das gleiche. —

B. Was die Privatflüsse und -bäche anlangt, bei welchen das Wassergrundstück, also Bett und Wasser, weder dem Staate noch den Ufereigentümern gehört, so wird in analoger Anwendung der oben entwickelten Grundsätze daran festzuhalten sein, daß dem jeweiligen Eigentümer volles zivilrechtliches Eigentum zusteht. —

C. Die Staatsprivatflüsse stehen wie die öffentlichen Flüsse im Eigentum des Staates. Es finden deshalb auf sie die für die öffentlichen Flüsse geltenden Normen über die Eigentumsverhältnisse an den Ufern (Art. 5 l. c.), der Uferlinie (Art. 6 l. c.), den Verlandungen (Art. 8—11 l. c.), über die natürliche Veränderung des Flußlaufes (Art. 12 l. c.), die Inseln (Art. 13 l. c.),

---

[1]) vgl. hierzu Harster-Cassimir zu Art. 21 Anm. 2 und Brenner zu Art. 21 Anm. z. Abs. 1.

[2]) vgl. Harster-Cassimir Art. 21 Anm. 4.

[3]) vgl. hierzu Harster-Cassimir a. a. O.

[4]) vgl. Stobbe-Lehmann, PrivR. Bd. 2 § 103.

den Abriß (Art. 14 l. c.), die Ufer der Flußinseln (Art. 15 l. c.), entsprechende Anwendung.

Auch in wasserpolizeilicher Hinsicht stehen sie den öffentlichen Flüssen gleich (Art. 42, 43, 46 l. c.). Allein hinsichtlich der Verfügungsmacht unterscheidet sich dieses Eigentum des Staates wesentlich vom Eigentum an den öffentlichen Flüssen:

Wir haben in § 1 ausgeführt, daß der Staat als Eigentümer der öffentlichen Flüsse grundsätzlich auch zur Veräußerung von Teilen des Bettes solcher Flüsse berechtigt ist, aber nur so weit, als sich eine solche Veräußerung ohne Eingriff in die Natur des öffentlichen Gewässers denken läßt. Dagegen ist die Veräußerung öffentlicher Gewässer als solcher nicht angängig.[1]) Das Verfügungsrecht des Staates ist in Ansehung der öffentlichen Flüsse wegen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung beschränkt. Das Eigentum an den öffentlichen Gewässern charakterisiert sich als ein durch ihre Zweckbestimmung, dem öffentlichen Wohle zu dienen, öffentlichrechtlich beschränktes Eigentum (vgl. VGHE. Bd. 25 S. 136 und Seydel Bd. 3 S. 251 ff.). An den Staatsprivatflüssen dagegen hat der Staat vollkommen freies Eigentum und freie Verfügungsmacht, abgesehen von der natürlich auch hier bestehenden Verpflichtung zur Duldung des Gemeingebrauchs und des Begehens der Ufer durch die Triebwerksbesitzer. Die Staatsprivatflüsse gehören also zum wirtschaftlich nutzbar zu machenden Finanzvermögen und unterscheiden sich von den öffentlichen Gewässern wie das öffentliche Eigentum des Staates, z. B. Straßen, vom Privateigentum desselben. —

Fassen wir nun das bisher Ausgeführte zusammen, so ergibt sich hinsichtlich des Eigentums an den Gewässern folgendes Resultat:

1. Das Eigentumsrecht an den öffentlichen wie an den Privatgewässern ist ein zivilrechtliches. Es erstreckt sich auf das Flußbett und die jeweils in demselben befindliche Wassersäule.

2. Das Eigentum an den öffentlichen Flüssen ist ein mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer öffentlichrechtlich beschränktes, wogegen das Eigentum an den übrigen Gewässern ein vollkommen freies, mit uneingeschränkter Verfügungsmacht ausgestattetes ist, soweit nicht hinsichtlich der Privatflüsse und -bäche der Gemeingebrauch in Betracht kommt.

---

[1]) vgl. hierzu Bericht des VIII. Ausschusses der Kammer der Abgeordneten über den Entw. eines WG. für das Königreich Bayern (Beil. 377, Kammer der Abgeordneten XXXIV. Landtagsversammlung Session 1905/06, Beil. Bd. 3 S. 157 und Prot. des Ausschusses für das WG. der Kammer der Reichsräte zum Entw. eines WG. für das Königreich Bayern), Verhandl. der Kammer der Reichsräte XXXIV. Landtagsversammlung (Anh. zum Beil.-Bd. Nachsession 1907, Beil. 6 S. 131).

Zweiter Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Wasserbenützung insbesondere.

§ 3.

Der Gemeingebrauch.

1. Der Gemeingebrauch im allgemeinen.

a) Die Wasserbenützung kann verschiedenartig sein. Vor allem besteht an allen Gewässern mit Ausnahme der geschlossenen Gewässer ein Gemeingebrauch. Zu diesem Gemeingebrauch wird nach einigen Rechten, so nach dem bayerischen Wasserbenützungsgesetz von 1852, auch das Recht zur Schiff- und Floßfahrt auf öffentlichen Gewässern gerechnet. Nach dem neuen bayerischen Wassergesetz dagegen ist dieses Recht als eine dem öffentlichen Rechte entstammende gesetzliche Eigentumsbeschränkung aufzufassen (Harster-Cassimir Anm. 3 zu Art. 26). Eine vom Gemeingebrauch verschiedene Wasserbenützung ist das Fischereirecht und das Recht zur Perlenfischerei. Weiter kommen noch in Betracht die besonderen Nutzungen an öffentlichen Gewässern (Art. 42 WG.), Privatflüssen und -bächen (Art. 44 l. c.) sowie die Befugnis zu Stauanlagen (Art. 50 l. c.).

b) Unter Gemeingebrauch versteht man im allgemeinen die im öffentlichen Rechte begründete Befugnis eines jeden zum Gebrauche einer im Eigentum des Staates oder einer anderen Verbandsperson stehenden öffentlichen Sache.

Nach römischem Rechte waren die Flüsse — gleichviel ob öffentliche oder private — hinsichtlich der Wasserbenützung res publicae, quae in publico usu habentur. Hierbei zählte das römische Recht zum Gemeingebrauch die gewöhnliche Wasserbenützung zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse, zur Bewässerung, Schiffahrt und Floßfahrt.[1])

[1]) vgl. Randa S. 9; Eymann S. 159/60.

Im deutschen Rechte blieben neben der in der fränkischen Zeit ausgebildeten Stromhoheit der Könige, welche sich im Mittelalter zum Stromregal entwickelte, die Befugnisse der Volksgesamtheit zur Wasserbenützung mit Ausnahme des Rechtes zum Fischen ungeschmälert bestehen. Das Recht zum Fischen war in den Gebieten, in welchen der König das Bannrecht übte, den Markgenossen versagt (Schröder S. 209). In der constitutio de regalibus vom Jahre 1158, welche die größeren Gewässer als Regal erklärte, werden als Regal auch die piscationum reditus bezeichnet (s. auch oben S. 8).

Allmählich nahm der Staat die öffentlichen Flüsse unter seine Aufsicht und stellte zufolge seines Hoheitsrechtes Normen für deren Benützung auf, um Vergeudungen und Verunreinigungen des Wassers sowie ausschreitende Benützungen einzelner zu verhüten. Gewisse Nutzungen standen allen ohne weiteres zu. Zu diesen allgemein zugestandenen Nutzungen gehörte das Wasserschöpfen, Tränken und Schwämmen an den dafür bestimmten Stellen. Nicht allgemein wurde dazu gerechnet das Herausnehmen von Steinen, Sand, Kies und Schilf aus dem Flußbett. Hierfür wurde in manchen Gebieten eine besondere Konzession gefordert, so auch nach Art. 15 bayer. WBG. von 1852. Ob auch nach preuß. Landrecht eine besondere Konzession hierzu erforderlich war, ist bestritten.[1]) Das Reichsgericht hat entschieden, daß diese nicht erforderlich sei, da die Befugnis zur Entnahme von Steinen, Sand usw., soweit öffentliches Interesse nicht entgegenstehe, zum Gemeingebrauch gehöre (RG. Bd. 4 S. 258). Nach § 15 österr. Gesetz fällt die Herausnahme von Steinen, Sand usw. unter das allgemeine Nutzungsrecht. Auch die Entnahme von Eis aus öffentlichen Flüssen gehört zu den allgemeinen Nutzungen, soweit nicht besondere Einschränkungen aufgestellt sind (Randa, Besitz S. 309).

Die Schiffahrt und Flößerei konnte ebenfalls gemäß den Wasserpolizeigesetzen allgemein ausgeübt werden, nur unterlag die Flößerei mit unverbundenem Holz wegen der damit für die Schiffahrt und die Ufer des Flusses verbundenen Gefahr besonderen Einschränkungen. Das preuß. ALR. II, 15 § 49 erklärte die Flößerei mit unverbundenem Holz auf schiffbaren Flüssen als „Vorbehalt des Staates".

Darnach ist der Gemeingebrauch am Wasser, wie ihn nunmehr die meisten modernen Wassergesetze enthalten, keine Errungenschaft der Neuzeit, er ist vielmehr lediglich eine Rekon-

---

[1]) vgl. Dernburg, Preuß. ALR. Teil I § 252 N. 5.

struktion des römischrechtlichen „usus publicus“ bezw. der Wasserallmende des alten deutschen Rechtes. Der Unterschied bezüglich des Gemeingebrauchs nach früherem und nach heutigem Rechte besteht lediglich darin, daß in früheren Zeiten der Gemeingebrauch ganz allgemein anerkannt und geregelt wurde, während er nunmehr in den neuesten Wassergesetzen mit Rücksicht auf die erhöhte Bedeutung des Wassers im wirtschaftlichen Verkehr genau im Gesetze festgelegt und umschrieben ist.

Was nun speziell das bayerische Wasserbenützungsgesetz von 1852 anlangt, so waren dort die öffentlichen Flüsse ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut (Art. 1 Abs. 1 l. c.). Damit war der Gemeingebrauch zur gesetzlichen Regel gemacht worden, und die Vermutung sprach dafür, daß jede Benützungsart erlaubt sei, die nicht ausdrücklich durch das Gesetz oder auf Grund des Gesetzes verboten war.[1])

Der Art. 1 WBG. ist nunmehr im neuen Wassergesetz v. 23. 3. 1907 durch Art. 2, welcher bestimmt, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates stehen, beseitigt. Der Gemeingebrauch selbst ist aber auch im neuen Wassergesetz ausdrücklich anerkannt. Während jedoch nach Art. 1 Abs. 1 in Verb. mit Art. 40 Abs. 2 und Art. 53 WBG. eine Vermutung für das Recht zum Gemeingebrauch an öffentlichen und Privatflüssen und Bächen bestanden hat (Seydel Bd. 3 S. 255), hat der Art. 26 des neuen WG., indem er die Arten des Gemeingebrauchs erschöpfend bestimmt, spezielle Verfügungsbeschränkungen getroffen und damit die Vermutung für das allgemeine Benützungsrecht beseitigt. Hierdurch ist der Staatsregierung die Möglichkeit gegeben, insbesondere die Wasserkräfte der öffentlichen Flüsse dem öffentlichen Wohle uneingeschränkt dienstbar zu machen, wogegen ihr durch die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 früheren WBG. die Handhabung ihrer Befugnisse als Eigentümerin des Flusses gegenüber der spekulativen Ausbeutung der Wasserkräfte solcher Gewässer einigermaßen erschwert war.[2]) Der Gemeingebrauch des Art. 26 neuen WG. an öffentlichen Gewässern sowie an den Privatflüssen und -bächen besteht in dem Gemeingebrauch des Wassers durch Schöpfen mit Handgefäßen, zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen sowie zur Eisbahn sowohl an öffentlichen als auch an privaten Flüssen und Bächen. Dazu bestimmt Art. 29 l. c., daß die Benützung

---

[1]) Seydel Bd. 5 S. 415; Meisner S. 185; Oertmann § 95 III; vgl. auch hierzu Art. 9 I und Art. 40 II sowie Art. 53 I WBG.

[2]) vgl. Dittmann S. 35 Anm. 17; Oertmann § 95, 3; Brenner Art. 2 Anm. 1; Pözl Bd. 1 S. 47 f.

der öffentlichen Flüsse und staatlichen Kanäle (Art. 1 Abs. 1) zur Schiff- und Floßfahrt vorbehaltlich der Bestimmungen der Staatsverträge und vorbehaltlich der näheren Regelung dieser Benützung jedem freisteht. Hier spricht das Gesetz nicht direkt von „Gemeingebrauch". Auch ist die Schiff- und Floßfahrt in einem besonderen Abschnitt für sich geregelt. Es muß aber dennoch auch bezüglich dieser Wasserbenützungsart angenommen werden, daß sie zum Gemeingebrauch zu zählen ist, widrigenfalls das Gesetz die Worte „steht jedem frei" wohl nicht angewendet hätte. Ebenso wird die Frage, ob die Trift des Art. 31 ff. WG. in gewissem Sinne als Gemeingebrauch anzusehen ist, bejaht werden müssen. Denn das Gesetz erlaubt nicht einem einzelnen auf Grund besonderer Konzession etwa die Ausübung der Trift, sondern jeder darf an Flüssen, Bächen — ob diese nun öffentliche oder private sind, ist ohne Belang — die Trift ausüben, soweit eben die Flüsse und Bäche „der Flößerei mit unverbundenem Holze" dienen (Art. 31 Abs. 1 l. c.).[1])

Keinem Zweifel kann es dagegen unterliegen, daß die Benützungsarten des Art. 26 Abs. 2 l. c., wie die Entnahme von Eis, Sand, Kies usw., nicht zum Gemeingebrauch zu rechnen sind, wie aus dem Wortlaute des Gesetzes auch deutlich ersichtbar ist. Hier handelt die Staatsgewalt lediglich nach freiem Ermessen. Sie kann die polizeiliche Erlaubnis gewähren oder versagen vorbehaltlich besonderer Berechtigungen, welche die Erteilung einer Erlaubnis überflüssig machen. Sie kann auch für derartige Benützungen mäßige Gebühren erheben (§§ 166 bis 174 VollzVorschr. z. WG.). Hier hat also die Allgemeinheit keine Gebrauchsbefugnisse, vielmehr muß jedem einzelnen diese Befugnis erst durch staatliche Erlaubnis eingeräumt werden.

Dagegen ist die Immission, d. h. soweit sie nur Einleitung gewöhnlicher unschädlicher Abwässer in Flüsse ist, auch jetzt noch eine Art des Gemeingebrauchs da, wo sie bisher als solche gegolten hat.[2])

2. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

Über diese herrscht in der Theorie und Praxis Streit. Die eine Meinung behauptet, daß der Gemeingebrauch öffentlich-rechtlicher Natur ist. Insbesondere wird diese Auffassung

---

[1]) s. auch Dittmann S. 34 ff.; Eymann S. 372 Anm. 8.

[2]) Brenner Art. 37 Anm. 10; Meisner S. 191; teilweise abweichend Harster-Cassimir Art. 26 Anm. 5 S. 168 f. und Dittmann S. 34 ff.

vertreten von Gierke,[1]) Zeller,[2]) Pollwein,[3]) Reuß[4]) und Pözl,[5]) ferner von Randa,[6]) Dernburg[7]) u. a.

Nach Gierke (S. 25 f. a. a. O.) fließt das Recht auf Teilnahme am Gemeingebrauch für den einzelnen unmittelbar aus seiner Gliedstellung am gesellschaftlichen Körper und ist daher reines Sozialrecht ohne Beimischung von Individualrecht und, da nur öffentliche Verbände in Frage stehen, ein rein öffentliches Recht. Seinem Inhalte nach, sagt er, ist es kein dingliches Recht und überhaupt kein Vermögensrecht, sondern ein puplizistisches Persönlichkeitsrecht, das sich dem Gemeinwesen gegenüber in einem positiven Anspruch auf Gewährung des Mitgebrauches der öffentlichen Sache, allen anderen Personen gegenüber in dem negativen Anspruch auf Unterlassung jeder diesen Mitgebrauch störenden Handlung äußert.

Der von Gierke aufgestellten Meinung nähert sich die von Dernburg vertretene Auffassung; auch er hält das Recht auf Teilnahme am Gemeingebrauch für kein dingliches Recht, weicht aber von Gierke insofern ab, als er dieses Persönlichkeitsrecht nicht als Ausfluß der Mitgliedschaft am gesellschaftlichen Körper, sondern als Stück der allgemeinen Freiheit betrachtet, die durch Verkümmerung des Anteiles am Gemeingebrauch angetastet werde, er glaubt aber, daß der Gemeingebrauch dem Privatrecht angehöre.

Zeller (S. 597 a. a. O.) nennt das Recht am Gemeingebrauch ein publizistisches, welches mit dem Privateigentum höchstens in Ansehung der Ansprüche auf Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen und dadurch, daß die Entziehung des publizistischen Vorteiles als Vermögensschädigung anzusehen sei, in Berührung stehe.

Pollwein (S. 14) und Reuß (S. 31) schließen aus den Worten „jedem unverwehrt“ (Art. 9 WBG.), daß hieraus für das Publikum öffentliche Rechte entspringen.[8])

Auch Pözl (Bd. 2 S. 62) ist der Ansicht, daß Streitigkeiten über die Art der Benützung oder über die rechtswidrige Entziehung des Gemeingebrauchs öffentlichrechtlicher Natur sind.[9])

---

[1]) Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 25 ff.

[2]) In den Annalen des Deutschen Reiches Jahrg. 1894 Abschn. 2 Titel 3 S. 597 ff.

[3]) WBG. von 1852 S. 14.

[4]) Die bayer. WG. 1896 S. 31.

[5]) Die bayer. WG. Bd. 2 S. 62.

[6]) Eigentumsrecht 2. Aufl. 1893 Bd. 1 S. 45 ff.

[7]) Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 139.

[8]) s. auch Gerber-Cosak, System des deutschen PrivR. S. 92 f.

[9]) vgl. auch Schenkel S. 223 Anm. 14, welcher im Falle der Gesetzesverletzung den verwaltungsgerichtlichen Weg zuläßt.

Ebenso hat das Reichsgericht wiederholt für das Gebiet des gemeinen Rechts den Standpunkt vertreten, daß der Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen publizistischer Natur sei.[1]) In einer Hamburger Sache hat es hinsichtlich eines öffentlichen Sieles (Cloaca publica) ausgesprochen, daß es als öffentliche Anlage, soweit als es dem Gemeingebrauch diene, von dem Rechte, welches für den Nutzen der einzelnen bestimmt ist, eximiert sei und daher Verträge des Privatrechts ungültig seien, welche dahin zielen, den Gemeingebrauch auszuschließen.[2]) —

Von einer Reihe anderer Schriftsteller wird dagegen behauptet, der Gemeingebrauch sei ein reines Privatrecht.

So ist Dernburg (Bd. 1 § 72 Anm. 6 u. 7) der Ansicht, der Gemeingebrauch sei der Ausfluß der Persönlichkeit oder der allgemeinen Freiheit, gehöre aber dennoch dem Privatrechte an.

Oertmann (§§ 95 S. 409, 96, 421, 2 b δαα) zählt den Gemeingebrauch an öffentlichen und an Privatflüssen gleichfalls zu den Privatrechten.

Ebenso rechnet Meisner (S. 185, 187, 228) den Gemeingebrauch am öffentlichen Gewässer und an den Privatflüssen zu den Privatrechten mit dem Hinweis darauf, daß die Regelung und Leitung der allgemeinen Benützung, zu welcher die öffentlichen Gewässer bestimmt seien, und die Festsetzung besonderer Schranken dieser Benützung der Staatsregierung zustehe; innerhalb dieser Grenzen aber habe jedes Individuum einen rechtlichen Anspruch auf die Wasserbenützung, welcher auf dem Privatrechtsweg geltend zu machen sei.

Regelsberger (Pand. Bd. 1 § 113) vertritt die Meinung, daß der Gemeingebrauch ein aus öffentlichem Rechte und Privatrechte gemischtes Recht sei. Er nimmt an, daß die in Frage kommenden Sachen durch den Gemeingebrauch mit einer Quasiservitut belastet seien. Der Gemeingebrauch an der Sache sei im ganzen nicht Inhalt eines subjektiven Rechts, vielmehr sei ein solches erst entstanden, wenn der Gemeingebrauch eine Störung erleide.

Auch Jhering[3]) erblickt im Gemeingebrauch ein Privatrecht, und zwar ähnlich wie Regelsberger, ein eigenartiges servitutenähnliches dingliches Recht. Dabei gibt aber Jhering

---

[1]) vgl. RG. Bd. 1 Nr. 59 S. 158 ff. und Bd. 6 Nr. 42 S. 159 ff.

[2]) RG. Bd. 8 Nr. 39 S. 152 f.; vgl. auch Bl. f. RA. Bd. 69 S. 213 u. Randa S. 45.

[3]) Geist des römischen Rechts Bd. 3 § 61 b Anm. 480.

wie Regelsberger zu, daß der Gemeingebrauch kein Vermögensrecht, und daß er unverzichtbar und unübertragbar ist. —

Aus den angeführten Zitaten ist ersichtlich, daß über die rechtliche Natur des Gemeingebrauches verschiedenartige Auffassungen bestehen.

Was nun speziell das bayerische Wassergesetz anlangt, so sind wir der Ansicht, daß sich hier der Gemeingebrauch als ein Recht privatrechtlicher Natur charakterisiert:

Nach Art. 2 u. 23 WG. stehen die öffentlichen Gewässer und die Staatsprivatflüsse im Eigentum des Staates und die Privatflüsse und -bäche gemäß Art. 21 WG. im Eigentum der Ufereigentümer. An allen diesen Flüssen besteht gemäß Art. 26 Abs. 1 WG. ein gesetzlich festbestimmter Gemeingebrauch für jeden, soweit er ihn ohne rechtswidrige Benützung fremder Grundstücke ausüben kann. Die Ausübung dieses Gemeingebrauches kann nach Satz 2 des Abs. 1 dieses Artikels durch polizeiliche Vorschrift geregelt und beschränkt werden;

In Art. 27 WG. ist dann hinsichtlich der Ausübung des Gemeingebrauches weiter bestimmt, daß er nur in der Weise ausgeübt werden darf, daß dadurch der Gemeingebrauch anderer oder die besonderen Rechte Dritter nicht gefährdet oder ausgeschlossen werden.

Aus diesen Bestimmungen ergeben sich von selbst folgende Gruppierungen:

A. die Rechtsverhältnisse des Gewässereigentümers (Staat oder Uferangrenzer) zu den Gemeingebrauchsberechtigten,

B. die Rechtsverhältnisse des einzelnen den Gemeingebrauch Ausübenden zu den übrigen Mitinteressenten. — Nachdem ferner nicht jedermann den Gemeingebrauch ausüben kann, sondern nur derjenige, der sich in rechtlich zulässiger Weise den Zugang zum Wasser verschaffen kann, so ergibt sich als weitere Gruppe

C. die Kategorie der den Gemeingebrauch Ausübenden zu den am Gemeingebrauch überhaupt nicht Beteiligten.

Zu A: Die Rechtsverhältnisse des Gewässereigentümers zu den Gemeingebrauchsberechtigten:

Das Eigentum am Wassergrundstück, also am Flußbett und an dem jeweils in demselben rinnenden Wasser, ist ohne Unterschied, ob das Wassergrundstück dem Staat oder den Uferangrenzern gehört, volles zivilrechtliches Eigentum; der

Eigentümer kann mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren, er hat das ausschließliche Verfügungsrecht über sein Wassergrundstück (s. oben Abschn. 1 §§ 1 u. 2), soweit nicht Rechte Dritter, bezw. soweit nicht das Gesetz ihm Beschränkungen auferlegt, wie sie beispielsweise der Gemeingebrauch darstellt. Nachdem der Gemeinbrauch im öffentlichen Interesse besteht, so qualifiziert sich derselbe als eine Eigentumsbeschränkung von öffentlichrechtlicher Natur. Als im Eigentum Beschränkter erscheint natürlich der Eigentümer des Wassergrundstücks; dieser muß den Gemeingebrauch dulden.

Wie kann nun das Recht auf Ausübung des Gemeinbrauches dem Eigentümer des Gewässers gegenüber durchgesetzt werden?

Der Gemeingebrauch besteht im Interesse der Allgemeinheit. Er ist nichts anderes als das Recht eines jeden, eine Sache innerhalb gewisser Grenzen zur Befriedigung bestimmter Bedürfnisse zu gebrauchen. Bereits im römischen Rechte hatte jeder römische Bürger zum Schutz des Gemeingebrauches ein Klagerecht, und zwar in Gestalt einer Popularklage (vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 72). Die gemeinrechtliche Praxis hat diese veralteten Popularklagen zwar nicht aufgenommen, dagegen die römischen Interdikte zum Schutz des Gemeinbrauches in der Ausbildung zu Privatklagen wegen Beeinträchtigung des eigenen Sonderinteresses am Gemeingebrauch weiterhin für anwendbar erklärt.[1])

Das Reichsgericht hat für das gemeine Recht mehrfach ausgesprochen, daß das Recht des Gemeingebrauches privatrechtlich durch ein den interessierten Personen zustehendes, auf Abwehr von Störungen und Behinderungen und Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtetes Klagerecht geschützt ist.[2]) In seinem Urteil v. 23. 1. 1880 (III. Zivilsenat) hat das Reichsgericht hinsichtlich einer preußischrechtlichen Sache den Zivilrechtsweg für zulässig erklärt mit der Begründung, daß die für das gemeine Recht zum Schutze des Sonderinteresses des einzelnen Staatsangehörigen auf Benutzung eines öffentlichen Weges gewährten Rechtsmittel auch für das preußische Recht zulässig seien, wenn die Polizeibehörden die Beseitigung der den Gebrauch eines öffentlichen Weges beeinträchtigenden Anlagen nicht anordnen wollen, da sie zum Schutze gegen unbe-

[1]) Windscheid Bd. 2 § 467; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 72 Anm. 7; Regelsberger Bd. 1 § 114 II; aus der Praxis vgl. RG. Bd. 1 Nr. 59 S. 158, Bd. 6 Nr. 42 S. 159 und Bd. 21 Nr. 35.

[2]) vgl. die oben zitierten reichsgerichtlichen Erkenntnisse, insbesondere RG. Bd. 6 S. 162 Nr. 42 und Bd. 1 Nr. 59 S. 159.

fugte Eingriffe in das dem einzelnen zustehende Recht auf Benutzung öffentlicher Wege dienen und zugleich auf Ersatz des durch solche unbefugte Eingriffe entstandenen Schadens gerichtet sind, also nicht publizistische Rechte, sondern einen privatrechtlichen Anspruch betreffen (RG. Bd. 1 S. 158). Auch im Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts v. 19. 3. 1886 (RG. Bd. 15 S. 182 ff.) ist ausgesprochen, daß die römischrechtlichen Interdikte insbesondere auch den Gebrauch der öffentlichen Flüsse (D. 43, 12, 13, 14) unter einen so umfassenden Schutz stellen, daß man als das Prinzip derselben den allgemeinen Schutz des Gebrauches öffentlicher Sachen bezeichnen und sie daher auch zugunsten solcher Gebrauchsarten, welche erst in späterer Zeit üblich geworden sind, verwenden darf. Zugleich bezeichnet das Urteil das anzuwendende Interdikt nicht bloß als prohibitorisch, sondern auch als restitutorisch wirkend. In einem weiteren Urteil v. 9. 7. 1886 spricht der gleiche Senat aus, daß das Recht des Gemeingebrauches öffentlicher Sachen, insbesondere öffentlicher Flüsse, und dessen Schutz durch das prätorische Edikt und die analoge Anwendung, welche die römische Rechtswissenschaft den Vorschriften desselben gegeben hat, in einer für die damaligen Verkehrsverhältnisse so umfassenden Weise geregelt gewesen sei, daß man keinen Anstand nehmen könne, die in den Quellen hierfür aufgestellten Grundsätze als allgemeingültig zu betrachten und deshalb auch anzuwenden auf den Schutz des Gemeingebrauches eines erst später entstandenen Gebrauchszweckes. Auch in diesem Urteil hat das Reichsgericht das angewandte Interdikt prohibitorisch und restitutorisch wirken lassen.

Wir sehen mithin, daß auch das Reichsgericht des öfteren und zu verschiedenen Zeiten sowohl für das gemeine wie für das preußische Recht der Auffassung sich angeschlossen hat, daß sich der dem einzelnen zustehende Anspruch auf Mitbenützung öffentlicher Sachen, mit anderen Worten, der Anspruch auf Teilnahme am Gemeingebrauch als ein Anspruch privatrechtlicher Natur darstellt, der vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist. — Es soll nicht unerwähnt bleiben, daß das Reichsgericht allerdings auch den gegenteiligen Standpunkt vertreten und den Rechtsweg zur Geltendmachung des Schutzes hinsichtlich der Ausübung des Gemeingebrauches ausgeschlossen hat (vgl. hierzu insbesondere RG. Bd. 1 S. 366).

Das Bürgerliche Gesetzbuch[1]) hat an diesem Rechts-

[1]) Bezüglich des bayerischen Wasserrechts s. die Ausführungen auf S. 34 ff. unten.

zustande nichts geändert.[1]) Dies folgt schon aus Art. 65 EG. z. BGB., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrechte angehören, unberührt bleiben. Wo also bisher zum Schutze des Gemeingebrauches an Flüssen der Rechtsweg zulässig gewesen ist, bleibt er es auch in Zukunft,[2]) und das Recht der Teilnahme am Gemeingebrauch an Flüssen ist nach wie vor ein individuelles Recht eines jeden und kann nur von jedem für sich, aber nicht von der Allgemeinheit als solcher geltend gemacht werden.

Für das neue bayerische Wassergesetz kann die privatrechtliche Natur des Gemeingebrauchsrechts um so mehr angenommen werden, als nach Art. 2 dem Staate ausdrücklich Eigentum, und zwar Eigentum im zivilrechtlichen Sinne, an öffentlichen Flüssen zusteht, das durch die Last des Gemeingebrauches nur in seiner vollen Verfügungsmacht beschränkt, seinem Inhalte nach aber nicht gemindert wird.

Die privatrechtliche Natur des Gemeingebrauches läßt sich nicht etwa damit widerlegen, daß man auf die Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit desselben hinweist, oder weil er kein Vermögensrecht ist. Zum Begriffe eines Privatrechtes ist nicht erforderlich, daß es einen Vermögenswert hat. Man denke nur an die familienrechtlichen Verhältnisse, welche doch auch zum Privatrechte gehören, soweit sie nur die personenrechtliche Seite regeln. Auch gibt es unübertragbare und unverzichtbare Privatrechte verschiedener Art, z. B. ist unübertragbar der gesetzliche Unterhaltsanspruch; derselbe ist für die Zukunft auch nicht verzichtbar (§§ 1614, 413, 399 BGB.). Auch der Umstand, daß die Regelung der Ausübung des Gemeingebrauches durch die Verwaltungsbehörden zu erfolgen hat, steht dessen privatrechtlicher Natur keineswegs entgegen. Den Verwaltungsbehörden obliegt auch in sonstiger Beziehung die Ordnung und Regelung des wirtschaftlichen Verkehrs. Das neue bayerische Wassergesetz, welches in Art. 177 lit. b die Fälle erschöpfend aufzählt, in welchen verwaltungsrechtlicher Schutz gewährt wird, und welches bei der Einreihung der einzelnen Fälle unter die Vorschrift des Art. 177 lit. b l. c. von dem Grundsatz ausgegangen ist, verwaltungsrechtlichen Schutz in allen Fällen zu gewähren, in denen subjektive öffentliche Rechte oder Pflichten im Gesetz festgelegt sind,[3]) hat fernerhin den Art. 26 nicht mit

---

[1]) vgl. Kuhlenbeck, Handkomm. z. BGB. Bd. 2 S. 404 u. Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 § 102 Nr. 28.

[2]) Mit Unrecht behauptet Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 § 5, daß der privatrechtliche Schutz durch das BGB. beseitigt sei.

[3]) vgl. Brenner S. 405.

unter die Verwaltungsrechtssachen aufgenommen. Daraus kann geschlossen werden, daß es den Gemeingebrauch an den Gewässern nicht zu den subjektiven öffentlichen Rechten rechnet.

Als eine bloße Verwaltungsermessenssache kann der Gemeingebrauch wegen seiner Natur als eines individuellen Rechtes eines jeden einzelnen aus der Allgemeinheit jedenfalls nicht erachtet werden. Etwas anderes ist es hinsichtlich der Regelung und allenfallsigen Beschränkung des Gemeingebrauches. Diese obliegt den Verwaltungsbehörden und ist reine Ermessenssache (vgl. KorrefRK. S. 59 f.), und nur hinsichtlich der zur Regelung des Gemeingebrauchs bezw. dessen Beschränkung ergangenen verwaltungsbehördlichen Entscheidungen steht dem Betroffenen die einfache Verwaltungsbeschwerde nach Art. 172 WG. offen.[1]) —

Das Recht des einzelnen zur Teilnahme am Gemeingebrauch besteht natürlich nur so lange, als die Sache dem Gemeingebrauch dient. Einen Anspruch darauf, daß eine Sache dem Gemeingebrauch dauernd gewidmet bleibt, hat der einzelne nicht. Hierüber entscheidet der Staat nach freiem Ermessen. Gegen eine solche Entscheidung steht weder der Verwaltungsrechtsweg noch der Zivilrechtsweg offen. Fällt der Umstand weg, der den Gemeingebrauch ermöglicht, so hört dieser eben auf, ohne daß dafür ein Entschädigungsanspruch entsteht.[2])

Regelsberger (Pand. Bd. 1 § 113 VII) ist der Ansicht, daß es Grundsatz des heutigen Rechtes sei, daß Schädigungen der Privatrechtssphäre durch Maßregeln, die von Behörden im Interesse der Gesamtheit getroffen werden, von der Gesamtheit zu vergüten seien.

Daß der Staat, wenn er nur als Wassergrundstückseigentümer (s. oben Abschn. 1 §§ 1 u. 2) handelt, für den schuldhaft entstandenen Schaden ebenso wie jeder Privatflußeigentümer aufzukommen hat, wird keinen besonderen Zweifel hervorrufen. In den meisten Fällen wird nun aber der Staat

---

[1]) And. M. sind für das frühere Wasserrecht Meisner S. 186; ferner für das neue WG. Eymann Art. 26 Anm. 1c; Dittmann S. 35f. und Harster-Cassimir S. 173 Diese Schriftsteller geben bei Störungen des Gemeingebrauches durch Handlungen des Flußeigentümers sowohl bei öffentlichen wie bei Privatflüssen dem Beeinträchtigten keine Klage auf Beseitigung und Unterlassung der Störung, sondern nur die einfache Verwaltungsbeschwerde, erkennen aber gleichwohl an, daß bei willkürlicher Störung des bestehenden Gemeingebrauches gegen den Staat wie gegen den Privatflußeigentümer eine Schadensersatzklage nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen dem Beeinträchtigten zusteht.

[2]) vgl. Prot. Bd. 2 AK. d. RR. Bd. 2 S. 141.

nicht in Ausübung der Eigentumsrechte am Gewässer, sondern vielmehr in Ausübung der Staatshoheitsrechte den Schaden verursachen. Wenn er aber in Ausübung dieser Rechte handelt, dann kann von einer Widerrechtlichkeit nicht schlechthin gesprochen werden. Jedoch man muß hierbei doch auch wieder berücksichtigen, daß gerade der Staat als solcher es ist, welcher den Gemeingebrauch am Wasser ausdrücklich im Gesetz festgelegt und zugelassen hat. Derartige gesetzliche Bestimmungen haben aber doch andererseits auch die notwendige Voraussetzung, daß der Staat, der sie erlassen hat, auch auf deren Beobachtung bezw. Einhaltung bedacht ist und im Zuwiderhandlungsfalle dem Beeinträchtigten Genugtuung gewährt. Wenn der Staat z. B. bei einem Brücken- oder Faschinenbau die Ausübung des Gemeingebrauchs schuldhaft beeinträchtigt, so verstößt er unzweifelhaft gegen die Bestimmungen des Art. 26 WG. Den Staat nun lediglich deshalb, weil er gerade in Ausübung des Staatshoheitsrechtes handelt, für nicht haftpflichtig erklären zu wollen, wäre gleichbedeutend mit der Verweigerung des dem Beeinträchtigten gegen jeden anderen Grundstückseigentümer zustehenden Schadensersatzanspruches. Dies wäre unbillig. Der Staat muß vielmehr, wie schon oben erwähnt, insbesondere mit Rücksicht auf den Umstand, daß er selbst im Gesetze den Gemeingebrauch, also auch dessen ordnungsgemäße volle Ausübung gutgeheißen hat, aus Billigkeitsgründen für schadensersatzpflichtig erklärt werden.

Wenn nun aber der Staat bei schuldhafter Störung ersatzpflichtig ist, so fragt es sich, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen er zum Ersatz herangezogen werden kann. Speziell in Bayern wird für gewisse Fälle Art. 60 AG. z. BGB. genügen, wonach der Staat für den Schaden haftet, den einer seiner Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig durch Verletzung der ihm obliegenden Amtspflicht einem Dritten zufügt. Art. 60 l. c. greift aber nur dann Platz, wenn der Beamte seine Dienstpflicht nicht nur dem Staat gegenüber, sondern auch zugleich gegenüber dem Dritten verletzt hat. Aus diesem Grunde wird Art. 60 l. c. nur in sehr beschränktem Maße zur Anwendung gelangen können. Es müssen deshalb noch andere Gesetzesbestimmungen herangezogen werden.

Die römischen Interdikte, insbesondere das interdictum ne quid in flumine publico fiat, und andere Popularklagen sind auf keinen Fall dem Staate gegenüber anwendbar, nachdem sie aus prätorischen Geboten und Verboten hervorgegangen sind (Dittmann S. 35 ff.). Ganz abgesehen aber hiervon sind die römischen Klagen, wie die actio iniuriarum, die cautio damni,

die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam mit Rücksicht auf Art. 1 AG. z. BGB. überhaupt nicht mehr anwendbar.[1]) Art. 1 l. c. bestimmt, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche aus der Zeit vor der Erlassung der Verfassungsurkunde v. 26. 5. 1818 stammen, nur insoweit in Geltung bleiben, als sie in den dort einzeln aufgeführten Artikeln des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und im § 16 Nr. 1 EG. z. ZPO. vorbehalten sind. Die Fassung des Art. 1 l. c. läßt deutlich erkennen, daß mit dem 1. 1. 1900 alle dem Privatrechte angehörenden Rechtsnormen, soweit sie aus der Zeit vor Erlassung der Verfassungsurkunde stammen und nicht durch Verweisung auf die den jeweiligen Gegenstand der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Artikel des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich aufrechterhalten wurden, außer Kraft getreten sind.[2])

Nachdem nun aber in keinem der Artikel, welche Art. 1 l. c. aufzählt, von der Aufrechterhaltung der römischrechtlichen Popularklagen die Rede ist, müssen dieselben notwendig, wenigstens für das bayerische Recht, als aufgehoben gelten (s. auch Oertmann S. 408, 409). Im übrigen ist diese Streitfrage für das neue bayerische Wassergesetz durch Art. 211 WG. erledigt, durch welchen die römischen Institutionen zweifellos abgeschafft sind.

Zu B: Rechtsverhältnisse der am Gemeingebrauch Interessierten untereinander.

Von der von uns angenommenen privatrechtlichen Natur des Gemeingebrauchs ausgehend wollen wir nun weiter forschen, inwieweit die am Gemeingebrauch Interessierten gegeneinander geschützt sind:

Art. 27 WG. bestimmt, daß der Gemeingebrauch nur in der Weise ausgeübt werden darf, daß dadurch der Gemeingebrauch anderer oder die besonderen Rechte Dritter nicht gefährdet oder ausgeschlossen werden. Die einzelnen Mitbenützungsberechtigten müssen sich ein gewisses, nach den besonders waltenden Umständen zu bestimmendes Maß von Belästigungen und Beschränkungen gefallen lassen.[3])

Der Art. 27 l. c. sucht also den einzelnen den Gemeingebrauch Ausübenden gegen Übergriffe anderer Mitbenützer zu schützen; wer deshalb den Vorschriften des Art. 27 l. c. zuwiderhandelt,

---

[1]) And. M. Meisner S. 189; vgl. auch RG. Bd. 15 S. 183; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 1044/45.

[2]) Henle-Schneider, Die bayerischen AG. z. BGB. Art. 1 Anm. 4.

[3]) vgl. auch RG. Bd. 29 S. 144; Bl. f. RA. Bd. 51 S. 539; Meisner S. 188.

verstößt gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz. Geschieht die Verletzung bewußt oder konnte der Täter bei gehöriger Sorgfalt sich des Verstoßes gegen das Schutzgesetz bewußt werden, so kann er von dem Verletzten aus § 823 Abs. 2 BGB. zivilrechtlich belangt werden (RGE. in JurW. 1904 S. 408). Es ist aber auch denkbar die Beeinträchtigung des einen Gemeingebrauchsberechtigten durch einen anderen Mitberechtigten ohne dessen Verschulden. In einem solchen Falle kann natürlich von einer Anwendung der §§ 823 ff. BGB. keine Rede sein.

Dittmann (S. 53 ff.) ist der Meinung, daß hier nach den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen im modernen Rechte jeder gesetzlich anerkannte und geschützte Zustand auch einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch gegen den Störer gewähre, dem Beeinträchtigten eine dem Wesen des Gemeingebrauchs als einer bloßen Reflexwirkung entsprechende iniuriarum actio generalis gegeben sei.

Wenn man nach Jhering (Geist des römischen Rechts Bd. 3 § 61 S. 360 f.), Regelsberger (Pand. Bd. 1 § 113 S. 6) und Bekker (Beil. 1 A) wie für das gemeine Recht, so auch für das bayerische Wasserrecht den Gemeingebrauch als ein servitutähnliches dingliches Recht auffassen wollte, so könnte man die Klage auch als actio quasi negatoria bezeichnen (analog der actio quasi negatoria des Grunddienstbarkeitsberechtigten nach § 1027 BGB. und der gemeinrechtlichen actio confessoria). Ein dingliches Recht könnte auch nach dem neuen bayerischen Wasserrecht beim Gemeingebrauch angenommen werden; denn der im Gesetz geregelte Gemeingebrauch hat bereits vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bestanden, bedarf daher keiner Eintragung im Grundbuch.[1]) Was jedoch die buchungsfreien Grundstücke des Staates, hinsichtlich welcher kein Eintragungsantrag gestellt ist, hier also die öffentlichen Gewässer und Staatsprivatflüsse (§ 90 GBO. und § 1 VO. v. 1. 7. 1898) anlangt, so kann hier der Gemeingebrauch nicht etwa als beschränkt persönliche Dienstbarkeit in Betracht kommen; denn es würde hier zum mindesten an der nach Art. 84 AG. z. BGB. erforderlichen, in öffentlich beglaubigter Form abgegebenen Erklärung der Staatsregierung, daß eine Dienstbarkeit bestehen soll, fehlen.

In unserem Fall bedarf es übrigens keines zivilrechtlichen Schutzmittels in Gestalt einer Klage, da nach Art. 26 Abs. 1 Satz 2 WG. und § 8 der Vollzugsvorschriften v. 1. 7. 1907 die Distrikts- und Ortspolizeibehörden verpflichtet sind, zur Regelung

[1]) vgl. Art. 187 EG. z. BGB. Art. 10 bayer. ÜbergGes.

oder Beschränkung des Gemeingebrauchs die erforderlichen Vorschriften zu erlassen und auf diese Weise auch die am Gemeingebrauch Beteiligten untereinander durch Strafvorschriften zu schützen. Dieselben können auch nach Art. 174 u. 175 WG. die zum Vollzug ihrer Anordnungen erforderlichen Maßnahmen selbst treffen und vollstrecken lassen. — Die polizeilichen Vorschriften können entweder in der Form von Verfügungen für den einzelnen Fall oder für einzelne Personen oder durch Aufstellung von Rechtsnormen in Gestalt von Verordnungen, orts- oder distriktspolizeilichen Vorschriften, für die Allgemeinheit überhaupt erfolgen.

Hiermit ist den Verwaltungsbehörden in weitgehendem Maße die Möglichkeit geboten — und sie werden von dieser Möglichkeit auch regen Gebrauch machen müssen, als wasserpolizeiliche Aufsichtsorgane —, die Ausübung des Gemeingebrauchs in jeder Beziehung zu regeln und damit zugleich den einzelnen Interessenten gegenüber den anderen bei der Ausübung des Gemeingebrauchs zu schützen und ihm auch gegebenenfalls realiter Ersatz für die zugefügte Beeinträchtigung zu gewähren. Daß die Verwaltungsbehörden ihren Anordnungen den nötigen Nachdruck verleihen können, dafür sorgt die Strafbestimmung des Art. 206 Abs. 2 WG.

Der einzelne Gemeingebrauchsinteressent wird auch so viel schneller die Beseitigung der Beeinträchtigung bewirken können, als wenn er zuerst gerichtlich auf Unterlassung klagen müßte, und in der Folge hiervon wird ihm dann auch selbst im schlimmsten Falle stets ein viel geringerer Schaden erwachsen.

Zu C: Rechtsverhältnisse der am Gemeingebrauch Interessierten zu den Nichtbeteiligten.

Auch hier muß wieder von der privatrechtlichen Natur des Gemeingebrauchs ausgegangen und geforscht werden, in welcher Weise der am Gemeingebrauch Beteiligte gegen störende Eingriffe eines an demselben nicht Beteiligten geschützt werden kann:

Solange der Gemeingebrauch besteht, hat jeder Anspruch auf Teilnahme an demselben, wie wir an früherer Stelle gesehen haben. Er darf in der Ausübung seines Gebrauchsrechtes durch Dritte, Nichtbeteiligte in keiner Weise gestört und beeinträchtigt werden. Geschieht dies dennoch, so erhebt sich wiederum die Frage, welchen Schutz der am Gemeingebrauch Beeinträchtigte genießt. Oertmann (§ 95,3 S. 410) billigt dem Beeinträchtigten gegenüber dem Störer (Eigentümer eines im Fluß versenkten

oder stecken gebliebenen Wracks) ohne weiteres zu, die Wegschaffung des Wracks im Klagewege zu verlangen.[1])

Man wird auch hier wieder in analoger Anwendung des unter Ziff. 2b oben Auseinandergesetzten unterscheiden müssen, ob den Störer ein Verschulden trifft oder nicht. Im ersteren Falle wird § 823 BGB. zur Geltung gelangen, im übrigen wird aber auch hier nichts anderes übrig bleiben, als daß die Verwaltungsbehörde angerufen wird, welche im übrigen in dem von Oertmann angeführten Beispiel selbst ohne jeden Antrag des Beeinträchtigten als wasserpolizeiliche Aufsichtsbehörde den Schiffsinhaber veranlassen müßte, den den Gemeingebrauch störenden Zustand zu beseitigen. Kommt der Schiffsinhaber, um bei obigem Beispiel zu bleiben, den Anordnungen der Verwaltungsbehörde nicht nach, dann kann sie gegen ihn strafend vorgehen oder event. auch die Beseitigung des störenden Zustandes auf Kosten des säumigen Schiffsinhabers vornehmen lassen (Art. 174, 175 WG.; vgl. auch RG. 43 S. 293).

Wenn wir nun die über den Gemeingebrauch gewonnenen Ergebnisse zusammenfassen, so ergibt sich folgendes Bild:

1. Der Gemeingebrauch am Wasser ist ein Recht privatrechtlicher Natur.

2. Es können sich bei Ausübung des Gemeingebrauches zwischen den einzelnen Gebrauchsinteressenten oder zwischen diesen und Dritten am Gemeingebrauch Nichtbeteiligten Konflikte ergeben, indem der den Gemeingebrauch Ausübende bei der Ausübung gestört wird, gegen welche den Betroffenen der Zivilrechtsweg offen steht, wobei jedoch daran festzuhalten ist, daß der Zivilrechtsweg regelmäßig nur dann zulässig ist, wenn dem den Gemeingebrauch Störenden Verschulden zur Last gelegt werden kann, widrigenfalls nur die Verwaltungsbehörde als wasserpolizeiliches Aufsichtsorgan vorgehen kann. —

Ob dieses gewonnene Resultat ein völlig befriedigendes genannt werden kann, ist eine andere Frage. Es wäre vielleicht doch zweckdienlicher gewesen, wenn der Gesetzgeber öffentlichrechtliche Individualrechte zugelassen und so den verwaltungsrechtlichen Schutz ähnlich wie bei den öffentlichen Wegen, deren Rechtsverhältnis bezüglich des Gemeingebrauchs doch im wesentlichen das gleiche ist wie beim Gemeingebrauch am Gewässer, gesichert hätte.

---

[1]) vgl. auch Dittmann S. 36ff., welcher eine modernisierte iniuriarum actio generalis (s. auch oben Ziff. 2b) gewähren will.

§ 4.

Die Immissionen.

1. Die Immission im allgemeinen.

Wir haben bereits oben ausgeführt, daß die Zuführung von sogen. unschädlichen Abwässern, d. h. die Zuführung von Flüssigkeiten und anderen nicht festen Stoffen, die keine schädliche Veränderung der Eigenschaft des Wassers zur Folge haben, bisher als eine Unterart des Gemeingebrauchs bestanden haben kann, und daß da, wo dies der Fall war, dieser Gemeingebrauch auch fernerhin bestehen bleibt.[1]) Es gilt deshalb alles, was wir in § 3 dieser Abhandlung über den Gemeingebrauch ausgeführt haben, auch für die Immission unschädlicher Abwässer.

Auch nach dem neuen bayr. Wassergesetz ist die Zuführung unschädlicher Abwässer in Zukunft allgemein erlaubt und nur dann an die Erlaubnis der Verwaltungsbehörde gebunden, wenn es sich um Einleitungen handelt, die mittels einer besonderen Anlage in oder an öffentlichen Gewässern erfolgen (Art. 42 WG.). Bei unschädlichen Immissionen in Privatflüsse mittels bleibender Anlagen bedarf es nicht einmal der Erlaubnis des Flußgrundstückseigentümers, sondern es genügt die bloße vorherige Anzeige an die Verwaltungsbehörde nach Art. 48 Abs. 2 WG., welche ihrerseits die Herstellung der Anlage genehmigen oder untersagen kann.

Als eine Art des Gemeingebrauchs wird aber nach geltendem Rechte die allgemein erlaubte unschädliche Immission nicht mehr erachtet werden können, da sie nicht unter den im Art. 26 Abs. 1 WG. aufgeführten Gemeingebrauchsbefugnissen enthalten ist und der Art. 26 Abs. 1, wie wir bereits an früherer Stelle betont haben, die Gemeingebrauchsbefugnisse erschöpfend bestimmt und eine Ausdehnung auf andere Gebrauchsarten nicht zuläßt.[2])

Die unschädlichen Immissionen, soweit sie nicht eine bleibende Anlage im Sinne des Art. 42 WG. erfordern, stehen aber ihrem Charakter nach den Gemeingebrauchsbefugnissen gleich. Sie stellen sich wie diese als eine Beschränkung des Eigentums des

---

[1]) vgl. Brenner Anm. 3 zu Art. 26 S. 99 und Anm. 5 zu Art. 42 S. 144.

[2]) vgl. auch Oertmann § 95, 3d und für das gemeine Recht RG. Bd. 16 S. 178; auch Meisner S. 190 und die von ihm in Note 19 S. 191 aufgeführten Entscheidungen.

Gewässereigentümers dar (vgl. Harster-Cassimir S. 230). Im Interesse der Allgemeinheit, insbesondere der wirtschaftlichen und gesundheitlichen Interessen, haben jedoch die Wassergesetze, auch das neue bayerische Wassergesetz, die allgemeinen Befugnisse zu Immissionen geregelt und eingeschränkt und bestimmte Vorschriften über die Reinhaltung der Gewässer aufgestellt. Nach dem Wasserbenützungsgesetz von 1852 waren solche Vorschriften besonders nur für Privatflüsse in Art. 58 WBG. gegeben, während man sich in Ansehung der Verunreinigung der öffentlichen Flüsse, insbesondere bei Würdigung der Anlagen zur Einleitung von Fäkalien in solche Flußläufe, mit der Anwendung der Art. 1 Abs. 2 l. c, 10 Abs. 2 l. c. und 14 l. c. behalf. Damit waren aber keine ausreichenden Schutzvorschriften gegen die Verunreinigung der Gewässer gegeben. Das neue bayerische Wassergesetz hat deshalb, wie die sämtlichen neuen deutschen Wassergesetze,[1]) eingehende Vorschriften zum Schutze der Gewässer gegen Verunreinigungen erlassen. Man ist dabei vorwiegend von hygienischen Gesichtspunkten aus vorgegangen und hat darnach die Regelung der Frage vorgenommen.[2])

Das neue bayr. Wassergesetz macht nun in Art. 34 l. c. die Zuführung von Flüssigkeiten oder anderen nicht festen Stoffen, welche die schädliche Veränderung der Eigenschaft des Wassers zur Folge haben, nicht nur in Ansehung der Privatflüsse, sondern auch in Ansehung der öffentlichen Gewässer und der geschlossenen Gewässer, an denen besondere Rechtsverhältnisse bestehen, von der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde abhängig. Ob hierbei als Immittent der Gewässereigentümer selbst oder irgend eine andere Person, welche von dem Gewässereigentümer, ist dieser der Staat, so tritt zu der Erlaubnis nach Art. 37 l. c. auch noch die des Art. 42 l. c.,[3]) das Recht zur Benützung des Wassers besitzt, in Frage kommt, ist ohne Belang (vgl. auch Begr. S. 555; Schenkel S. 341).

2. Die rechtliche Natur der Immission.

A. Verhältnis des Staates zum Immittenten.

Die Erlaubniserteilung des Art. 37 l. c. hat, wie soeben schon angedeutet wurde, mit dem Recht zur Wasserbenützung, also

---

[1]) vgl. bad. WG. § 12; hess. WG. Art. 3, 14, 18; württemb. Gesetz Art. 16, 20; preuß. Entw. § 59; sächs. Gesetz § 1.

[2]) KorrefRK. S. 64; vgl. auch Harster-Cassimir S. 228 und Brenner S. 126.

[3]) s. unten § 5; außerdem § 98 Abs. 4 VB.

hier zur Einleitung in das Gewässer, nichts gemein; sie ist vielmehr rein polizeilicher Natur, die Verwaltungsbehörde erteilt oder versagt die in Art. 37 l. c. vorgeschriebene Erlaubnis nach freiem Ermessen. Demnach ist die Erlaubnis nach Art. 37 l. c. Verwaltungssache, irgendwelche Rechte werden durch dieselbe aber nicht geschaffen. Wird die Erlaubnis versagt, so steht lediglich die Verwaltungsbeschwerde offen (Art. 172 WG.). Daß die erteilte Erlaubnis des Art. 37 l. c. in keiner Weise ein Recht schafft, geht unter anderem auch aus der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 37 Abs. 2 l. c. hervor, wonach die Erlaubnis in widerruflicher Weise zu erteilen ist. Die erteilte Erlaubnis kann also jederzeit zurückgenommen werden, allerdings nicht aus Privatinteressen des Staates, sondern lediglich im Interesse des Gemeinwohles, wie aus der Fassung des Art. 37 Abs. 3 u. 4 l. c. zu entnehmen ist.[1])

Dem durch die Zurücknahme betroffenen Immittenten steht kein gegen den Staat geltend zu machender Rechtsanspruch zu (vgl. auch Begr. S. 555 II; § 98 Abs. 2 VB.). Ebensowenig es ein Recht auf Erteilung der Erlaubnis gibt, ebensowenig kann aus der nach Art. 37 l. c. widerruflich erteilten Erlaubnis irgendwelche rechtliche Befugnis für die Zukunft hervorgehen.

Nach alledem ist die polizeiliche Erlaubnis des Art. 37 l. c. nichts anderes als eine Kundgebung des Staates, daß er gegen die Immission selbst weder vom hygienischen noch vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus etwas einzuwenden habe.

B. Verhältnis des Immittenten zum Gewässereigentümer und sonstam Wasser Berechtigten.

Hat die Verwaltungsbehörde die nach Art. 37 l. c. erforderliche Erlaubnis zur Zuführung schädlicher Immissionen erteilt, so können die am Wasser Berechtigten nicht auf Beseitigung der öffentlichrechtlich genehmigten Anlage klagen, vielmehr nur den Schaden ersetzt verlangen, den sie durch die Anlage erleiden. Die am Wasser Berechtigten, wozu insbesondere auch die Gewässereigentümer als solche gehören, haben also gegen die von der Verwaltungsbehörde genehmigte Einleitung schädlicher Abwässer kein Verbietungsrecht, insbesondere braucht der Immittent auch nicht deren vorherige Erlaubnis zur Duldung der Einleitung nachzusuchen.

Die Schadensersatzpflicht des Immittenten gegenüber den am Wasser Berechtigten ist im Abs. 5 Art. 37 l. c. statuiert. Zu

[1]) vgl. auch Erkl. d. K. Staatsm. d. J. RRA. S. 181 und Eymann S. 405 Anm. 15.

den am Wasser Berechtigten gehören außer dem Gewässereigentümer insbesondere die Fischereiberechtigten. Im allgemeinen gehört dazu jeder, der in einem besonderen Rechte gestört wird, nicht aber auch derjenige, welcher nur im Gemeingebrauch gestört wird (vgl. Prot. AK. d. RR. S. 181).

Während die sonst am Wasser Berechtigten vor der Erteilung der nach Art. 37 Abs. 1 l. c. erforderlichen Erlaubnis nicht unbedingt gehört werden müssen, ist dieses vorherige Gehör hinsichtlich der Fischereiberechtigten obligatorisch (Art. 109 Abs. 1 WG.). Allein auch sie haben keinen Anspruch auf Beseitigung der genehmigten Zuführung von schädlichen Immissionen, sondern sind ebenfalls nur auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt, soweit sie in der Ausübung ihres Fischereirechtes durch die genehmigte Immision beeinträchtigt sind (Art. 109 Abs. 2 l. c.).[1])

Durch die positive Vorschrift des Abs. 5 Art. 37 l. c., daß der Immittent den am Wasser Berechtigten schadensersatzpflichtig ist, ist eine selbständige zivilrechtliche Schadensersatzpflicht geschaffen worden, welche vollständig unabhängig von einem Verschulden, ausschließlich auf dem Veranlassungsprinzip beruht. Die allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Schadenszufügung der §§ 823 ff. BGB. kommen also hier nicht zur Anwendung.[2]) Auch die §§ 909 u. 1004 BGB. kommen gegenüber einer behördlich genehmigten Immission nicht in Betracht.[3])

Zur Begründung des Schadensersatzanspruches genügt jede Schädigung des Berechtigten, nicht bloß eine das Maß des Gemeinüblichen überschreitende (OGZ. n. F. Bd. 1 S. 311), außer es besteht auf Grund eines privaten Rechtstitels eine Verpflichtung zur Duldung der Immission.[4])

§ 5.

Die rechtliche Natur der besonderen Wassernutzungen ausschließlich der Stauanlagen.

1. Die besonderen Nutzungen an öffentlichen Gewässern.

Nach Art. 42, 43 bayr. WG. (vgl. auch Art. 10 u. 11 WBG.) unterliegt jede Art von Wasserbenützung, die sich nicht als Gemein-

---

[1]) vgl. auch Sammlung von Entsch. d. ObLG. in Gegenständen des Zivilrechts und der Zivilpraxis n. F. Bd. 6 S. 629 für das Gebiet des gemeinen und des bayer. Wasserrechtes.

[2]) vgl. Oertmann § 96, 2 b $\alpha\alpha$; Z. f. R. 1907 S. 95; Dittmann S. 61; Harster-Cassimir Art. 37 Anm. 7 S. 234.

[3]) vgl. V. Pr. AK. d. RR. S. 181 ff.; ferner Stenogr. Ber. K. d. Abg. Bd. 5 S. 713 u. Harster-Cassimir a. a. O.

[4]) vgl. Eymann Art. 37 Anm. 7; and. M. Dittmann S. 61 f.

gebrauch darstellt oder die mittels einer besonderen Anlage in oder an öffentlichen Gewässern erfolgt, insbesondere die Errichtung von Triebwerken ohne gespannte Wasserkraft, Wasser-, Aus- und Einleitungen, Schöpfwerken, Bade- oder Waschhäusern u. dgl., sowie die Abänderung solcher Anlagen der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde.

Diese nach Art. 42, 43 WG. erforderliche Erlaubnis ist zu unterscheiden von der für die Errichtung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft an öffentlichen Gewässern und an Privatflüssen und Bächen nach Art. 50 l. c. vorgeschriebenen polizeilichen Genehmigung. Beide Begriffe bedeuten Verschiedenes.

Zunächst müssen wir uns Klarheit verschaffen über den Begriff „Erlaubnis".

Nach dem bayerischen Wassergesetz ist, wie wir gesehen haben, das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ein zivilrechtliches, das nur durch seine Zweckbestimmung im Interesse des Gemeinwohles gesetzlich beschränkt ist in seiner freien Verfügungsmacht. Sollen nun besondere Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern und Staatsprivatflüssen entstehen, so ist hierzu die Zustimmung des Staates als Eigentümer notwendig, denn der Staat ist, abgesehen von der vorerwähnten gesetzlichen Beschränkung im Interesse des Gemeinwohles, als Eigentümer frei verfügungsberechtigt über die öffentlichen Gewässer und Staatsprivatflüsse. Die Zustimmung kann er erteilen in einem besonderen privatrechtlichen Vertrag mit dem Unternehmer, dem er ein bestimmtes Recht, z. B. auf Bezug einer gewissen Quantität Wasser unter besonderen Bedingungen, einräumen kann.[1]) Ist eine besondere privatrechtliche Vereinbarung zwischen dem Staat und dem Unternehmer nicht getroffen, so liegt in der Erlaubnis zur Wasserbenützung zugleich auch die Zustimmung des Staates als Flußeigentümer" (vgl. Seydel Bd. 3 S. 251).

Die Zustimmung des Staates als Flußeigentümer ist also ein privatrechtlicher Akt. Ob er seine Zustimmung zur Wasserbenützung geben will oder nicht, liegt in seinem Ermessen. Dies folgt aus seiner Rechtsstellung als Eigentümer der öffentlichen Gewässer und Staatsprivatflüsse. Seine Zustimmung zur Wasserbenützung ist darnach wesentliches Erfordernis für die nachfolgende Erlaubnis zur Wasserbenützung.

Da nun die Zustimmung des Staates ein privatrechtlicher Akt ist, durch welchen für den Unternehmer ein privatrechtlicher

[1]) vgl. auch VI. Pr. AK. d. RR. S. 197.

Anspruch zur Entstehung gelangt, sind die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur.

Nachdem der Staat aber bei den öffentlichen Gewässern nicht nur seine privaten Eigentumsrechte zu wahren hat und über dieselben frei verfügungsberechtigt ist, indem er anderen das Recht zur Benützung des Wassers einräumt, sondern zugleich als der Vertreter der Allgemeinheit deren Interessen schützen und fördern muß, so hat er bei der Einräumung eines Wasserbenützungsrechtes an seinem Gewässer gemäß Art. 42 l. c. auch auf das öffentliche Interesse Rücksicht zu nehmen und gegebenenfalls, wenn das allgemeine Wohl es erfordert, vom öffentlichrechtlichen Standpunkt aus die Wasserbenützung nicht zuzulassen; und insofern, aber auch nur insofern, kommt der Einräumung bezw. der Versagung der Wasserbenützung durch Erteilung bezw. Nichterteilung der Erlaubnis öffentlichrechtlicher Charakter zu.

Die Erlaubniserteilung ist mithin ein öffentlichrechtlicher Akt und von dem zivilrechtlichen Akt der Einräumung der Wasserbenützung zu trennen.

Nach dem bayerischen Wassergesetz ist nun äußerlich eine besondere Einräumung des Wasserbenützungsrechtes seitens des Staates neben der Erlaubnis zur Wasserbenützung nicht erforderlich, vielmehr liegt in der Erteilung der Erlaubnis zugleich auch die Einräumung der Wasserbenützung. Der Staat handelt also in den Fällen des Art. 42 WG. bei der Erlaubniserteilung als Eigentümer des zu benützenden Gewässers; gleichzeitig bringt er aber auch zum Ausdruck, daß er vom Standpunkt des öffentlichen Interesses keine Bedenken gegen die Nutzungsbewilligung habe (VGHE. Bd. 25 S. 131). Daß für die Erlaubniserteilung des Art. 42 l. c. nicht die Königl. Regierungsfinanzkammer als Vertreterin des Staatsärars in Zivilrechtsangelegenheiten, sondern die Distriktsverwaltungsbehörde zuständig ist, hat seinen Grund wohl darin, einmal, daß es sich bei der Erlaubniserteilung gemäß Art. 42 l. c. nicht um reine privatrechtliche, sondern auch zugleich um öffentlichrechtliche Verhältnisse handelt, sodann aber auch darin, daß es bei der Prüfung der Frage, ob im einzelnen Falle die Erlaubnis erteilt werden kann oder nicht, den Verwaltungsbehörden, welche die im einzelnen Falle vorliegenden örtlichen und tatsächlichen Verhältnisse viel genauer kennen werden als die jeweils zuständigen Regierungsfinanzkammern, gegenüber letzteren auch bedeutend leichter sein wird, die richtige, den jeweils obwaltenden Verhältnissen am besten Rechnung tragende Entscheidung zu treffen.

Es ergibt sich nunmehr folgende Sachlage:

Die staatliche Erlaubnis der Erteilung zu einer besonderen Wasserbenützung nach Art. 42 l. c. besteht nicht aus einer in bestimmter Richtung gehaltenen Willenserklärung, die entweder nur öffentlichrechtlicher oder nur privatrechtlicher Natur ist; diese staatliche Erlaubnis ist vielmehr ein Konglomerat von Willenserklärungen, und zwar insofern, als in dieser Erlaubniserteilung privatrechtliche, aber ebenso auch öffentlichrechtliche Erklärungen enthalten sind.[1])

Für die soeben entwickelte Ansicht spricht auch die Begründung zu den Vorschlägen für den Entwurf eines Wassergesetzes (S. 93), der zufolge die privatrechtliche, aus dem Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen und ihren Wasserkräften folgende Befugnis zur Erteilung der Erlaubnis der auf dem öffentlichen Recht beruhenden Genehmigung der Anlage gegenübergestellt wird.[2])

Auch Dittmann (S. 6ff.) kommt wohl ebenfalls zu unserem Resultate, wenn er sagt:

Infolge der Doppelnatur des Staatseigentumes an den öffentlichen Gewässern als eines zwar privatrechtlichen, aber öffentlichrechtlich gebundenen hat auch die Einräumung solcher Nutzungen stets einen doppelten Charakter. Die privatrechtliche Nutzungsgewährung erzeugt privatrechtliche, die polizeiliche Genehmigung erzeugt öffentlichrechtliche Wirkungen.

Ebenso scheint auch Oertmann (§ 95, 3 e β u. Anm. 18) zu der von uns vertretenen Ansicht hinzuneigen, indem er erklärt, daß in der Erteilung der Konzession bezw. durch das damit erworbene subjektive Recht des Unternehmers ein Privatrecht (vielleicht auch daneben ein öffentliches Recht) zur Wasserbenützung gegen den Staat zu erblicken sei.[3]) Endlich führte auch der RefAK. (S. 34) zu den Art. 42, 43 WG. aus, daß in diesen Artikeln die praktischen Konsequenzen des Art. 2 WG. zutage träten, nach welchen die öffentlichen Gewässer Eigentum des Staates seien. Selbst wenn aus polizeilichen Gründen der Erteilung der Erlaubnis nichts im Wege stehe, hänge diese doch weiter davon ab, ob der Staat als zivilrechtlicher Eigentümer gewillt sei, sein Eigentum der Benützung durch einen Dritten zu überlassen.

---

[1]) vgl. Brenner S. 144 Anm. 2; Harster-Cassimir S. 274ff.

[2]) vgl. KorrefRK. S. 72; Begr. S. 559 I, wonach die gegenteiligen Verhältnisse zwischen Nutzungsverleihung am Staatseigentum und polizeilicher Genehmigung genau voneinander unterschieden werden.

[3]) vgl. außerdem Dernburg Bd. 3 § 136, 3; Nieberding-Frank S. 306ff.

Nun gab aber bezüglich der rechtlichen Natur der Konzession nach Art. 42 l. c. der Königl. Staatsminister der Justiz (RRA. S. 175) folgende Erklärung ab:

Die Konzession nach dem Entwurf sei jedenfalls ein öffentlichrechtlicher Akt. Dieser habe zwei Seiten, eine wasserpolizeiliche und eine gewerbepolizeiliche. In den Fällen, in denen also eine bloße Erlaubnis erteilt werde, könne kein Zweifel entstehen, daß ein Privatrecht nicht konstituiert werde; andererseits sei es natürlich, wenn bei der Errichtung einer großen Anlage zwischen dem Staat und dem Unternehmer ein Vertrag geschlossen werde. Bei diesen Vereinbarungen könne es sich möglicherweise um die Einräumung eines Privatrechtes handeln ... Aber wenn ein solcher Vertrag nicht geschlossen sei, der nach Privatrecht beurteilt werden müßte, handle es sich lediglich um einen Akt des öffentlichen Rechtes.

Dieser Anschauung kann nicht beigepflichtet werden.

Daß die Konzession ein öffentlichrechtlicher Akt ist, steht außer Zweifel. Jedoch daraus folgern zu wollen, daß alle hieraus entspringenden Rechtsverhältnisse ohne weiteres dem öffentlichen Rechte angehören müssen, wäre wohl nicht richtig. Es muß stets an dem Grundsatz festgehalten werden, daß bei Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsverhältnis in den Bereich des öffentlichen oder des privaten Rechtes fällt, nicht die Form, sondern der Inhalt des Rechtsaktes entscheidet (VGHE. Bd. 4 S. 607, Bd. 8 S. 218, Bd. 12 S. 67). Nachdem nun aber in den Fällen des Art. 42 l. c. der Staat vor allem auch als Eigentümer des Gewässers dem Unternehmer die Wasserbenützung gewährt, so müssen notwendig die aus diesem Eigentumsrechte hervorgehenden Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur sein. Zum Beweise dafür, daß aus einem öffentlichrechtlichen Akt nicht allein dem öffentlichen Rechte angehörende Rechtsverhältnisse entspringen müssen, mag noch darauf hingewiesen werden, daß z. B. nach Art. 27 Abs. 4 Satz 2 bayr. GemO. die bei der Gemeindegrundteilung zur Verteilung gelangenden Anteile kraft des genehmigten Teilungsaktes in das Privateigentum der Teilnehmer übergehen;[1]) und in Art. 11 Abs. 3 WG. ist bei der Regelung der Verteilung von Verlandungen bestimmt, daß mit der Verfüguug der Staatsregierung das Eigentum an den Verlandungen auf diejenigen übergeht, denen dieselben zugeteilt werden. Daraus geht hervor, daß der Gesetzgeber aus einem öffentlichrechtlichen Akte keineswegs

[1]) vgl. hierzu Bl. f. adm. Pr. Bd. 39 S. 183ff.; Krais, VGHE. S. 94 u. 338; Kahr Bd. 1 S. 265, 266; Reger-Dyroff S. 202, 257, 258.

nur öffentlichrechtliche Befugnisse abgeleitet wissen wollte. Im Gegenteil, aus den angeführten Beispielen ist ersichtlich, daß es Rechtsverhältnisse gibt, die, trotzdem sie durch einen öffentlichrechtlichen Akt geschaffen wurden, doch sofort privatrechtliche Natur annehmen können.

Nach Art. 43 WG. wird ferner die Erlaubnis der Verwaltungsbehörde in der Regel auf eine bestimmte Zeit oder in widerruflicher Weise erteilt; sie kann aber auch in unwiderruflicher Weise eingeräumt werden. Die auf Grund dieser unwiderruflich erteilten Erlaubnis errichtete Anlage bezw. die erlangte Befugnis, die Anlage zu errichten, wird hierbei zum Bestandteil des Privatvermögens; sie gibt ein unentziehbares Recht, welches nur im Wege der Zwangsenteignung nach den Bestimmungen des ZEG. v. 17. 11. 1837 zurückgenommen oder eingeschränkt werden kann und welches, obwohl es einem öffentlichrechtlichen Akte, nämlich der Verleihung durch die Staatsgewalt, seine Entstehung verdankt, dennoch die Natur eines Privatrechtes annimmt, indem es gesetzlich den nämlichen Schutz wie Privateigentum genießt.[1]) Wenn nun aber allgemein anerkannt ist, daß die unwiderruflich erteilte Erlaubnis ein Privatrecht begründet, so kann doch wohl die widerruflich erteilte Erlaubnis nicht einfach dem öffentlichen Rechte überantwortet werden. Unwiderrufliche und widerrufliche Erlaubniserteilung haben in gleicher Weise zur Folge, daß der Staat auf eine ihm kraft seines Eigentums zustehende Benützung des Wassers verzichtet unter gleichzeitiger Übertragung der Nutzungsrechte auf den um die Erlaubnis Nachsuchenden. Die beiden Erlaubnisarten unterscheiden sich nur insofern, als die unwiderrufliche ein unentziehbares (ausgenommen Zwangsenteignung), die widerrufliche ein je nach dem Inhalt der erteilten Erlaubnis früher oder später entziehbares Privatrecht auf die Wasserbenützung gewährt.

Ganz anders verhält es sich mit der rechtlichen Natur der besonderen Wasserbenützung im württembergischen Wassergesetze. Dieses kennt kein Eigentum am öffentlichen Gewässer (Württemberg Art. 1, 7). Natürlich verleiht dann auch Württemberg die Wasserbenützung kraft seines Staatshoheitsrechtes, auf keinen Fall aber als zivilrechtlicher

---

[1]) VGHE. Bd. 8 S. 217, Bd. 24 S. 404, Bd. 25 S. 137; Art. 43 Abs. 3 WG.; s. auch KompE. 1872 S. 426ff.; ferner Pollwein Anm. 1 u. 8 zu Art. 13 S. 18, 19; Pözl Bd. 2 S. 70; Seydel Bd. 5 S. 418; Meisner S. 198; Reuß S. 34.

Eigentümer, wie im bayerischen Wassergesetze (vgl. Art. 2 bayer. WG.). Die selbstverständliche Folge hiervon ist, daß dann die geschaffenen Nutzungsrechte nur öffentlichrechtlicher Natur sind (Haller Art. 1 Anm. 11).

Im badischen Wassergesetz wiederum ist Privateigentum des Staates nur an nichtöffentlichen Gewässern möglich (Baden §§ 4, 5; Schenkel S. 166, 136ff.). Die Wasserbenützung an öffentlichen Gewässern ist deshalb auch nur öffentlichrechtlicher Natur (Baden § 108 Ziff. 1; Schenkel S. 164 bezw. 572).

Der preuß. Entw. dagegen anerkennt wiederum wie das bayerische Wassergesetz ein privatrechtliches Eigentum an öffentlichen Gewässern (s. auch sächs. Entw.); hier würde also dann wieder bezüglich der rechtlichen Natur der besonderen Wasserbenützung an öffentlichen Gewässern das oben von uns Ausgeführte analog anzuwenden sein.

Mit der von uns hinsichtlich der rechtlichen Natur der besonderen Wasserbenützung vertretenen Ansicht stehen auch die Ausführungen Pflegharts in Einklang, welcher, nachdem er den Beweis für das Privateigentum des Staates am öffentlichen Gewässer geführt hat (S. 88ff.), weiter ausführt:

„Ist es demnach juristisch möglich, mit einem, und zwar dem gewöhnlichen, dem Gebiete des Zivilrechtes angehörigen Eigentumsbegriff auszukommen, um damit die von dem Staat über die öffentlichen Gewässer ausgeübte sachenrechtliche Herrschaft in einer den Tatsachen entsprechenden, daher zutreffenden Weise zu bezeichnen, so folgt daraus, daß, wenn er die Verwertung der Wasserkräfte eines sein Gebiet durchströmenden öffentlichen Gewässers nicht für eigene Rechnung und Gefahr in die Hand nehmen, sondern der privaten Initiative überlassen will, er ohne weiteres in der Lage ist, einem allfälligen Unternehmer zugleich mit dem Akt, worin er die Bewilligung zur Bestellung und dem Betriebe eines Wasserwerkes erteilt, auch ein alle Garantien bietendes Privatrecht, das jenem den ... Genuß der Wassernutzung zu sichern bestimmt ist, einzuräumen. Denn zum Wesen seines Eigentumsrechtes gehört es ja, auf eine kraft dessen ihm zustehende Sachnutzung zu verzichten und die Befugnis zu deren Ausübung auf irgendein anderes Rechtssubjekt zu übertragen. Dergestalt erhält der Konzessionsakt, der ... seinem Wesen nach nur in der Beseitigung eines der Begründung eines Privatrechtes entgegenstehenden Hindernisses besteht, erst den Charakter einer wirklichen Verleihung".

Anderer Ansicht bezüglich der rechtlichen Natur der be-

sonderen Wasserbenützung am öffentlichen Gewässer ist Eymann (Vorbem. Abt. II Bd. 2 Nr. 3 S. 351—354), indem er ausführt:

„Was . . . die eigentliche Wasserbenützung an den Gewässern mit Ausnahme der geschlossenen Privatgewässer betrifft, so steht dieselbe grundsätzlich jedem frei . . . Da nun aber die unbeschränkte, unwirtschaftliche Ausnützung der Wasserkräfte durch jedermann eine vollkommen unwirtschaftliche Verschwendung im Gefolge hätte und gegenüber denjenigen, die zufällig in einer ungünstigen Lage sich befinden, zu großer Benachteiligung und unbilligen Zurücksetzungen führen müßte, so daß nicht nur der einzelne, sondern die Gesamtwirtschaft schwer geschädigt würde, so hat sich das Gesetz genötigt gesehen, die Wasserbenützung nach bestimmten Richtungen einzuschränken. Dabei ging es von zwei Gesichtspunkten aus: Zunächst wurden diejenigen, welchen schon durch ihre natürlichen Beziehungen gewisse Vorzugsrechte eingeräumt waren, die aber andererseits auch wieder unter den feindlichen Wasserkräften am meisten zu leiden hatten, nämlich die Eigentümer der Ufergrundstücke und des Flußbettes, für gewisse Wassernutzungen als berechtigt anerkannt und ihnen diese Nutzungen allein eingeräumt . . . Es wurde von dem Gesetz . . . der Grundsatz aufgestellt, daß bezüglich der Privatflüsse und -bäche der beschränkte Gemeingebrauch und die besonderen Nutzungen einschließlich der Stauanlagen den Ufer- bezw. den Flußbetteigentümern ausschließlich zustehen. Dagegen wurde bezüglich der öffentlichen und der Staatsprivatflüsse ein solches ausschließliches Recht des Staates nicht anerkannt, sondern dessen Eigentumsrecht nur dadurch berücksichtigt, daß die Auferlegung von Gebühren für Einräumung verschiedener Arten von Wassernutzungen zugunsten der Staatskasse vorgesehen wurde . . . Außer der Ausschließung der Nichteigentümer von den besonderen Nutzungen an den Privatflüssen und -bächen sah sich aber das Gesetz veranlaßt, noch einen zweiten Weg zum Schutz der wirtschaftlichen Ausnutzung der Gewässer einzuschlagen: Besonders belästigende oder andere, bezw. die Allgemeinheit gefährdende Arten der Wasserbenützung wurden der Erlaubnispflicht unterstellt . . . Diese Erlaubnispflicht ist ihrem Wesen nach ein Verbot der Ausübung der Wasserbenützung, sohin eine Aufhebung der natürlichen Handlungsfreiheit. Wer ohne die vorgeschriebene Erlaubnis sich die Wassernutzung anmaßt, begeht ein Unrecht; denn sein natürliches Recht ist durch positive Gesetzesbestimmungen so lange außer Kraft gesetzt, bis er die von dem Gesetz geforderte Erlaubnis eingeholt hat. Ist dies geschehen, dann hat die Behörde auf Grund der ihr von dem Gesetz eingeräumten Ermächtigung

die der natürlichen Handlungsfreiheit des Betreffenden gezogenen Schranken durchbrochen und demselben bis zu einem gewissen Grade seine natürliche Handlungsfreiheit zurückgegeben ... Insoweit die Erlaubnis zur Wasserbenützung erteilt und damit dem Erlaubnissucher seine natürliche Handlungsfreiheit wiedergegeben wurde, insoweit hat diese Handlungsfreiheit durch die Erlaubniserteilung auch die Natur eines Rechtes angenommen ... Da aber die Schranken der Handlungsfreiheit selbst dem öffentlichen Rechtsgebiete angehören, so ist auch ihre Aufhebung eine auf diesem Gebiete gelegene Maßnahme, und deshalb müssen die darauf sich gründenden Pflichten und Rechte öffentlichrechtlicher Natur sein. Dadurch erweist sich also das durch einen Erlaubnisakt der Behörde geschaffene Wasserbenützungsrecht gleichfalls als ein öffentliches Recht, welches dem Zivilrechtsgebiete entzogen ist, sofern nicht etwa die Inanspruchnahme fremden Grundeigentums in Frage steht".

Auch hier können wir uns der Ansicht Eymanns nicht anschließen:

Eymann gibt zu, daß an den Privatflüssen und -bächen der beschränkte Gemeingebrauch und die besonderen Nutzungen dem Flußbetteigentümer ausschließlich zustehen. Damit ist doch wohl zum Ausdruck gebracht, daß jedwede andere Person von dieser Benützung ausgeschlossen ist. Eymann anerkennt hier selbst das volle privatrechtliche Eigentum der Flußbetteigentümer bezw. der Flußangrenzer. Er behauptet nun aber weiter, daß an den öffentlichen und den Staatsprivatflüssen ein solches ausschließliches Recht des Staates nicht gegeben sei. — Nun wurde oben (Abschn. 1 §§ 1 u. 2) nachgewiesen, daß es nicht angängig ist, das Eigentumsrecht am öffentlichen Gewässer von dem am Privatgewässer verschieden zu konstruieren. Dies tut aber Eymann, wenn er hier dem Staate nicht das gleiche ausschließliche Recht wie dem Privatflußeigentümer bezw. dem Flußangrenzer zugesteht. Es müssen deshalb schon aus diesem Grunde seine Behauptungen in bezug auf ihre Richtigkeit angezweifelt werden.

Eymann vertritt ferner die Ansicht, daß in der vom Gesetz geschaffenen Erlaubnispflicht für besondere Wassernutzungen eine Aufhebung der natürlichen Handlungsfreiheit enthalten sei, welche so lange außer Kraft gesetzt bleibe, bis die vom Gesetz geforderte Erlaubnis eingeholt ist:

Art. 42 bayr. WG., welcher in Frage kommt, lautet unter anderem: „Jede Art von Wasserbenützung, die sich nicht als Gemeingebrauch... darstellt". Damit scheiden die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen aus, und nunmehr kann deshalb

der Eigentümer, wie schon oben erwähnt wurde, mit seiner Sache, dem Gewässer, schalten und walten wie er will. In seinem Belieben steht es also, ob er die Erlaubnis erteilen will oder nicht. Gewiß, „die natürliche Handlungsfreiheit“ ist durch die vom Gesetz geschaffene Erlaubnispflicht aufgehoben, sie bleibt aber auch endgültig aufgehoben. Nur darauf allein kommt es an, ob der Gewässereigentümer als solcher die besondere Wasserbenützung gestatten will oder nicht.

Wenn ferner Eymann infolge der erteilten Erlaubnis zur besonderen Wasserbenützung der nach seiner Meinung wieder auferweckten natürlichen Handlungsfreiheit zugleich nunmehr auch die Natur eines Rechtes beilegt, so kann dem in gewissem Sinne nur beigepflichtet werden. Denn unzweifelhaft wird durch die Erlaubniserteilung ein Recht geschaffen; dieses ist aber keineswegs, wie Eymann annimmt, öffentlich-rechtlicher Natur. Es muß stets berücksichtigt werden, daß bei der besonderen Wasserbenützung bezw. der Erteilung zu derselben der Staat vor allem von seinem privaten Eigentumsrecht ein Recht dem Unternehmer einräumt, wobei er allerdings auch zugleich die öffentlichen Interessen zu wahren hat; nur in dieser letzteren Hinsicht kann, wie schon oben auseinandergesetzt wurde, die Erlaubniserteilung in das öffentliche Recht hinüberspielen. Da bei der Wahrung des öffentlichen Interesses nur reine Verwaltungsermessenssachen in Frage stehen, so ist natürlich in dieser Richtung die erteilte bezw. versagte Erlaubnis nur mit der einfachen Verwaltungsbeschwerde anfechtbar; im übrigen steht aber daneben dem Inhaber der erteilten Erlaubnis ein nur im Privatrechtsweg verfolgbares Recht zu.

Wenn endlich Eymann in den Fällen, in welchen die Erlaubnis eine unwiderrufliche ist oder wo die Zeit einer befristeten Erlaubnis noch nicht verstrichen ist, dem Inhaber der Erlaubnis verwaltungsrechtlichen Schutz unter Bezugnahme auf die Art. 63, 177 WG. gewährt, so ist dies nur ein Beweis dafür, zu welchen Schwierigkeiten die Konstruktion Eymanns bezüglich der rechtlichen Natur der Wasserbenützung führt, und daß seine Konstruktion nur mit Mühe und oft geradezu nur mit künstlichen Mitteln aufrechterhalten werden kann:

Der verwaltungsrechtliche Katalog des Wassergesetzes (Art. 177 b) führt die einzelnen unter verwaltungsrechtlichen Schutz gestellten Artikel des Wassergesetzes namentlich auf; die Aufzählung des Art. 177 l. c. muß als eine erschöpfende angesehen werden. — Nun sind aber Art. 42, 43 WG. nicht in Art. 177 l. c. erwähnt, dagegen ist Art. 63 WG. dort ausdrücklich

aufgeführt, und aus diesem letzteren Umstande, daß Art. 63 WG. in den verwaltungsrechtlichen Katalog aufgenommen ist, will nun Eymann folgern, daß die Art. 42, 43 l. c. ebenfalls verwaltungsrechtlichen Schutz genießen! Der Art. 63 l. c. lautet: „Im übrigen“ — womit Art. 62 Abs. 1 WG. gemeint ist, welcher die auf bestimmte Zeit oder in widerruflicher Weise erteilte Erlaubnis . . . erlöschen läßt mit dem Ablauf der Zeit oder dem erfolgten Widerrufe (Art. 43 Abs. 1 l. c.) — „bleibt die erteilte Erlaubnis . . ., auch abgesehen von den Fällen des § 25 GewO., in der Regel so lange in Kraft, als keine wesentliche Änderung in der Lage oder Beschaffenheit der Anlage vorgenommen wird“. Es scheiden also in Art. 63 l. c. die widerruflich erlaubten Wasserbenützungen aus. Nun bestimmt aber Art. 43 Abs. 1 l. c. ausdrücklich, daß die Erlaubnis zur Wasserbenützung von den Verwaltungsbehörden regelmäßig in widerruflicher Weise zu erteilen ist. Es ist also wohl die unwiderruflich erteilte Erlaubnis die Ausnahme, die widerrufliche dagegen die Regel — und die Folge hiervon, daß dem Art. 63 l. c. nur sehr geringe praktische Bedeutung zukommen kann. — Stellt man nun aber Art. 63 l. c. den Art. 42, 43 l. c. gegenüber und vergleicht sie hinsichtlich ihrer wasserrechtlichen Bedeutung miteinander, so ergibt sich unbestreitbar, daß die Art. 42, 43 l. c. gegenüber dem Art. 63 WG. die bei weitem wichtigeren sind. — Wenn dem so ist, dann kann aber, ganz abgesehen davon, daß der verwaltungsrechtliche Katalog des Wassergesetzes in Art. 177 l. c. erschöpfend ist, nicht eingesehen werden, weshalb der Gesetzgeber, vorausgesetzt natürlich, daß er die Art. 42, 43 l. c. wirklich unter verwaltungsrechtlichen Schutz gestellt wissen wollte, den im Verhältnis zu Art. 42, 43 l. c. bedeutungslosen Art. 63 l. c. ausdrücklich unter die Verwaltungsrechtssachen einreihte, die wichtigen Art. 42, 43 l. c. dagegen nicht in dem Art. 177 l. c. förmlich aufführte! Es wäre doch wohl der umgekehrte Weg für den Gesetzgeber der logischere und auch der einfachere gewesen.

Wenn nun aber so aus dem Gesetze selbst hervorgeht, daß die zur besonderen Wasserbenützung an öffentlichen Gewässern erforderliche Erlaubnis nach ihrer Erteilung dem Inhaber derselben in keinem Falle ein verwaltungsrechtlich verfolgbares Recht einräumt, so darf dies, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar zugunsten der von uns entwickelten Ansicht gedeutet werden. Auf jeden Fall aber muß dies eine zugegeben werden, daß unsere Auffassung bezüglich der rechtlichen Natur der besonderen Wasserbenützung nach Art. 42, 43 l. c. wenigstens mit dem Gesetze selbst in keinem Wider-

spruche steht, während dies, wenn man den Standpunkt Eymanns einnimmt, tatsächlich der Fall ist.

Nach all dem muß nach wie vor daran festgehalten werden, daß die Erlaubnis zur besonderen Wasserbenützung nach Art. 42, 43 l. c. privatrechtlicher, zugleich aber auch öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn auch diese Doppelnatur äußerlich insofern nicht ersichtlich wird, als die privatrechtliche Verfügungshandlung mit der öffentlichrechtlichen so vereinigt wird, daß sie nach außen hin in letzterer nicht mehr zum Vorschein kommt.

2. Die besonderen Nutzungen an Privatflüssen und -bächen.

A. Die Privatflüsse und -bäche im Eigentum der Ufereigentümer.

Die Privatflüsse und -bäche dieser Art sind Bestandteile der Grundstücke, zwischen denen sie hindurchfließen (Art. 21 Abs. 1 WG.); sie stehen im Eigentum der Uferangrenzer. Dieses Eigentum ist, wie oben (Abschn. 1 §§ 1 u. 2) auseinandergesetzt wurde, von der gleichen rechtlichen Natur wie das Eigentum am öffentlichen Gewässer, es ist als volles zivilrechtliches Eigentum anzusehen. Es haben dann aber auch die oben in § 5 Ziff. 1 erwähnten Grundsätze im allgemeinen hier sinngemäße Anwendung zu finden.

Wenn nun der Privatflußeigentümer an dem ihm gehörigen Flusse eine besondere Wasserbenützung im Sinne der Art. 44 f. WG. vornehmen will, so braucht er nicht erst ein Recht auf die Benützung des Wassers zu erwerben, sondern er kann das Wasser ohne weiteres benützen, nachdem er ja hierbei nur über sein Eigentum verfügt; einer staatlichen Erlaubnis bedarf es hier dann natürlich nicht, wie auch aus dem Gesetze selbst (Art. 44, 45 WG.) hervorgeht.

Entstehen zwischen den einzelnen Privatflußeigentümern oder sonstigen Wasserberechtigten Streitigkeiten über das einem jeden derselben nach Maßgabe der Art. 44, 45 WG. (39, 54 WBG.) zukommende Recht auf Benützung des an seinem Grundstück vorüberfließenden Wassers, so kann es sich, nachdem das Wasserbenützungsrecht aus dem Eigentumsrecht hervorgeht, nur um Streitigkeiten privatrechtlicher Natur handeln.[1])

Wenn der Nichteigentümer des Privatflusses an diesem Gewässer eine besondere Nutzung nach Art. 44 f. WG. vornehmen will, so muß er selbstverständlich sich zuerst ein Recht auf die Benützung des Wassers sichern. Dieses Recht wird

[1]) VGHE. Bd. 5 S. 64; RegBl. 1873 S. 74—88; Bl. f. RA. Bd. 25 S. 104.

er regelmäßig auch hier nur von dem Eigentümer des Privatflusses eingeräumt erhalten können; dieser schneidet gewissermaßen das zu verleihende Wassernutzungsrecht aus seinem Eigentumsrecht am Privatflusse heraus (vgl. oben § 5 Ziff. 1).

Nach all dem kann das Recht zur Wasserbenützung am Privatflusse selbst nicht dem öffentlichen, sondern nur dem privaten Rechte angehören, nachdem dasselbe stets auf das Eigentumsrecht am Privatfluß zurückgreift bezw. aus demselben hervorgeht.[1]) — Jedoch damit soll nun keineswegs die Behauptung aufgestellt werden, daß die besondere Wassernutzung an Privatflüssen und -bächen rein nur privatrechtlicher Natur ist:

Im Gesetze sind dem Privatflußeigentümer eine Reihe von Beschränkungen seines privaten Eigentumsrechtes am Gewässer im Interesse der übrigen Eigentümer oder sonstigen Berechtigten auferlegt (vgl. Art. 44, 45 bayr. WG.; 39, 54 WBG.). Diese öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen betreffen aber nur die Art der Wasserbenützung, nicht aber das obenerwähnte Recht zur Wasserbenützung. Nachdem es sich hierbei um öffentlichrechtliche Verpflichtungen bezw. Rechte handelt, so ist hier der Verwaltungsrechtsweg geöffnet. So besitzen denn auch die Privatflußeigentümer oder sonstigen Wasserberechtigten gegenüber dem einzelnen Privatflußeigentümer verwaltungsrechtlich verfolgbaren Anspruch darauf, daß der Privatflußeigentümer die ihm im öffentlichen Interesse gezogenen gesetzlichen Schranken nicht überschreite. — Ebenso hat andererseits der Privatflußeigentümer verwaltungsrechtlichen Schutz dafür, daß sein Eigentumsrecht am Gewässer nur innerhalb des von dem Gesetze aufgestellten Rahmens eingeschränkt werde. Nimmt sich der Wasserberechtigte gegenüber dem Privatflußeigentümer bezüglich der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen mehr heraus an Rechten, als was ihm gebührt, so kann letzterer den ersteren verwaltungsrechtlich belangen (vgl. auch Art. 177, 45 WG.).

In Übereinstimmung mit dem soeben Ausgeführten stellt Meisner (S. 238) den allgemeinen Grundsatz auf, daß ein Streit über den Bestand und den Umfang des Rechtes am Wasser eines Privatflusses vor die Zivilgerichte gehört, während ein Streit über die Art der Ausübung eines solchen Rechtes regelmäßig Verwaltungssache sei, und da es sich hierbei nicht um Angelegenheiten des administrativen Ermessens, sondern um

---

[1]) vgl. auch VGHE. Bd. 15 S. 278, Bd. 25 S. 351, Bl. f. RA. Bd. 26 S. 166 bis 170.

Verpflichtungen handle, die im Gesetze normiert seien, so seien die Verwaltungsgerichte zuständig (s. auch VGHE. Bd. 15 S. 31). — Ebenso sagt Reuß (S. 114, 117): „Nicht der Bestand eines Rechtes am Wasser, sondern die Art der Ausübung desselben ist ... Verwaltungsrechtssache. Die Verwaltungsbehörden haben nur einzuschreiten, wenn aus der Wasserbenützung Differenzen entstehen, welche das öffentliche Interesse berühren" (vgl. auch OGZ. Bd. 7 S. 130).

Es ist deshalb auch eine Streitigkeit über die in Art. 45 Ziff. 2 WG. (Art. 54 Abs. 1 Ziff. 2 WBG.) dem Ufereigentümer auferlegte Pflicht zur Rückleitung des Wassers in den Privatfluß Verwaltungsrechtssache, wenn nicht ein privatrechtliches Sonderverhältnis vorliegt; denn auch hier handelt es sich um die Wahrung des öffentlichen Interesses, dem die Vorschriften des Art. 45 l. c. zu dienen haben.[1]) Auch Pözl Bd. 2 S. 152/53 ist der Ansicht, daß in den Fällen, wo jemand ein Recht zur Wasserbenützung ... oder ein von der Regel des Art. 54 WBG. (Art. 45 WG.) abweichendes Privatrecht auf Benützung eines bestimmten Flusses geltend mache, die Zivilgerichte kompetent seien; wo es sich dagegen um öffentliche Rechte oder Pflichten handle, könne nur von Verwaltungsrechtssachen die Rede sein.

Mit unserer Ansicht deckt sich auch die des Kgl. Verwaltungsgerichtshofes (Bd. 3 S. 583, Bd. 15 S. 29), wonach das Recht des Ufereigentümers auf die beliebige Benützung des an seinem Grundstückseigentum vorüberfließenden Privatflusses im Sinne der Art. 39, 54 WBG. (Art. 44, 45 WG.) als ein aus dem Grundeigentum abgeleitetes Privatrecht anzuerkennen sei, dessen Ausübung allerdings nach Art und Umfang zwar im öffentlichen Interesse, insbesondere auch im Interesse der intensivsten Wasserbenützung bestimmten gesetzlichen Beschränkungen unterworfen und deshalb der Überwachung ... der Verwaltungsbehörden unterstellt sei; die verwaltungsrechtlichen Entscheidungen seien jedoch darauf zu beschränken, ob irgendwelche Normen des öffentlichen Rechtes verletzt seien.

Daß für das bayr. Wassergesetz von 1907 die gleichen Richtpunkte, wie wir sie soeben dargelegt haben, noch maßgebend sind, ist auch aus den Erklärungen des KorrefRK. (von Thelemann, RK. S. 75) ersichtlich, der zufolge den Rechten des Flußeigentümers (Art. 21 WG.) privatrechtliche Natur beizulegen sei, während dagegen die in Art. 44 WG. hinsichtlich der Art der Benützung festgesetzten Beschränkungen öffentlichrecht-

[1]) vgl. VGHE. Bd. 12 S. 23, Bd. 15 S. 31.

lichen Charakter hätten und deshalb unter verwaltungsrechtlichen Schutz gestellt seien.

Nach all dem ist das Recht zur Wasserbenützung an den Privatflüssen und -bächen, welche im Eigentum der Uferangrenzer stehen, privatrechtlicher Natur; es ist nichts anderes als der Ausfluß des Eigentumsrechtes am Privatfluß. — Was dagegen die Art der Wasserbenützung anlangt, so ist derselben nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Charakter beizumessen.[1])

B. Die Privatflüsse und -bäche im Eigentum Dritter.

Was die rechtliche Natur der besonderen Wasserbenützung an Privatflüssen und -bächen, welche im Eigentum Dritter stehen, anlangt, so gelten in dieser Beziehung die zu den Privatflüssen und -bächen, welche im Eigentum der Uferangrenzer stehen, gemachten Ausführungen (s. auch KorrefRK. S. 75), d. h. das Recht des Flußeigentümers am Wasser selbst und auf dessen Benützung gehört dem privaten Rechte an, die Art der Wasserbenützung ist öffentlichrechtlicher Natur. —

C. Die Staatsprivatflüsse.

Nach Art. 46 WG. bemißt sich die Benützung der im Staatseigentum befindlichen Privatflüsse und -bäche durch andere, also nicht durch den Staat selbst, nach Art. 42, 43 WG. Dann gilt bezüglich der rechtlichen Natur der Wasserbenützung an diesen Gewässern analog das gleiche, was oben § 5 Ziff. 1 bei der besonderen Wasserbenützung am öffentlichen Gewässer ausgeführt wurde.[2])

---

[1]) vgl. auch Eymann S. 441, welcher aber nicht, wie wir, das Recht zur Wasserbenützung am Privatfluß als Ausfluß des Eigentums anerkennen will, sondern auch hier wiederum als von der „natürlichen Handlungsfreiheit" ausgehend behauptet, dieses Wasserbenützungsrecht sei nur die Anerkennung dieser natürlichen Handlungsfreiheit; es werde erst zum förmlichen Rechte, indem es in Art. 177 WG. verwaltungsrechtlichem Schutze unterstellt sei. Daß Eymann auch hier von unserer Ansicht abweicht, ist nichts als eine notwendige Folge seiner Grundannahme von der natürlichen Handlungsfreiheit und weiterhin der von uns verschiedenen Auffassung des Begriffes „Eigentum am Wassergrundstück" überhaupt.

[2]) Hier zeigt sich auch wiederum das volle zivilrechtliche Eigentum des Staates am Gewässer. Wenn er selbst das Wasser des Staatsprivatflusses benützen will, braucht er in keiner Weise eine Erlaubnis; dagegen jeder „andere" (Art. 46 WG.) benötigt, um das Wasser des Staatsprivatflusses benützen zu können, den Erwerb eines Wasserbenützungsrechtes vom Gewässereigentümer, d. h. die Erlaubnis des Staates.

§ 6.

Die rechtliche Natur der Wasserbenützung durch Stauanlagen.

1. Die Wasserbenützung durch Stauanlagen an öffentlichen Flüssen, Staatsprivatflüssen und -bächen.

Zur Errichtung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft bezw. zu gewissen Änderungen solcher Anlagen an öffentlichen Flüssen und Staatsprivatflüssen ist die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlich (Art. 50 bayr. WG.). — Das Gesetz spricht hier ausdrücklich von „Genehmigung"; diese ist aber keineswegs gleichbedeutend mit der in Art. 42 l. c. erwähnten Erlaubnispflicht. Der Inhalt der nach Art. 42 l. c. erteilten staatlichen Erlaubnis besteht, wie oben (§ 5) auseinandergesetzt wurde, hauptsächlich darin, daß der Staat in der Eigenschaft als Gewässereigentümer dem Unternehmer der Wasserbenützungsanlage das Recht einräumt, das ihm gehörige Gewässer zu benützen. Die Genehmigung dagegen ist die polizeiliche Regelung des Umfanges und der Art der Anlage und ihres Betriebes im öffentlichen Interesse. — Dieses gegensätzliche Verhältnis zwischen Nutzungsverleihung am Staatseigentum und der polizeilichen Genehmigung tritt auch im Gesetze unzweideutig hervor, indem Art. 51 WG. ausdrücklich bestimmt, daß in dem Bescheide, der auf das Gesuch um Erteilung der Genehmigung zu erlassen ist, gesonderter Ausspruch zu treffen ist:

1. über die Erlaubnis zur Wasserbenützung,
2. über die gewerbepolizeiliche Genehmigung der Stauanlage.[1])

Daraus geht hervor, daß die Genehmigung der Art. 50, 51 WG. zur Errichtung oder Abänderung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft an öffentlichen Gewässern nicht rein polizeilicher Natur zur Wahrung der öffentlichen Interessen, sondern zugleich auch privatrechtlicher Natur ist. —

Vor allem muß also zur Genehmigung einer Anlage des Art. 50 l. c. an einem öffentlichen Flusse die Erlaubnis, d. h. ein Recht zur Wasserbenützung vorliegen. Dieses Wasserbenützungsrecht wird auch hier wiederum, wenn es nicht schon durch besondere Rechtstitel begründet ist, von dem Gewässer-

[1]) vgl. auch Brenner S. 179 Anm. 5.

eigentümer — dem Staat — erworben werden müssen. Der Staat verfügt auch hier wiederum über sein Eigentumsrecht am Gewässer. Ebenso wie der Eigentümer irgendeiner anderen Sache einem anderen ein Recht an dieser Sache nach seinem Belieben einräumen oder versagen kann, ebenso kann auch hier der Staat als Eigentümer des zu benützenden Gewässers das Recht zur Benützung grundsätzlich nach seinem Gutdünken erteilen oder versagen.[1]) Es handelt sich demnach bei der Erlaubniserteilung zur Wasserbenützung selbst um reine Ermessenssachen, niemand hat auf die Erteilung der Erlaubnis zur Wasserbenützung einen gesetzlichen Anspruch. Ist die Erlaubnis versagt worden, so gibt es hiegegen deshalb lediglich die Beschwerde an die zuständige Kreisregierung, Kammer des Innern (Art. 172, 173 WG.), event. auch noch die Anrufung der Oberaufsicht des Ministeriums. Wenn dagegen der Staat die Erlaubnis erteilt hat, so hat er sein Eigentumsrecht am Gewässer freiwillig zugunsten des Anlageunternehmers eingeschränkt; er hat hierbei das Wasserbenützungsrecht dem Anlageunternehmer aus seinem privaten Eigentumsrecht eingeräumt; die hieraus entspringenden rechtlichen Verhältnisse müssen daher privatrechtlichen Charakter haben. —

Wenn nun aber der Staat dem Anlageunternehmer das Recht auf das ihm gehörige Gewässer erteilt hat, so darf deshalb die Wasseranlage noch nicht ausgeführt werden. Es ist vielmehr noch polizeiliche Genehmigung (event. auch noch eine gewerbepolizeiliche und auch baupolizeiliche Genehmigung) erforderlich.[2])

Was nun die polizeiliche Genehmigung anlangt, so hat diese ihren innersten Grund in der Wahrung der öffentlichen Interessen. Es ist vor allem von der Behörde darauf zu sehen, ob die Wasseranlage selbst nicht erhebliche Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit im Gefolge hat. Der Unternehmer seinerseits hat hierbei einen im öffentlichen Recht begründeten Anspruch darauf, daß vom öffentlichrechtlichen Standpunkt aus, also, wie schon erwähnt, in der Richtung, ob seine geplante Anlage erhebliche Gefahren oder Belästigungen für das Publikum herbeiführen kann, oder auch, ob sie bezüglich der bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften zu Bedenken Anlaß gibt, geprüft und sodann im Instanzenzug verbeschieden wird (VGHE. Bd. 25 S. 252).

[1]) vgl. auch VGHE. 2 S. 455, Bd. 11 S. 294, Bd. 15 S. 277, Bd. 19 S. 44.
[2]) vgl. Landmann-Rohmer 4. Aufl. Bd. 1 § 18 S. 153ff.

Nach all dem sind die Stauanlagen und Triebwerke mit gespannter Wasserkraft an öffentlichen Gewässern, Staatsprivatflüssen und -bächen öffentlichrechtlicher Natur, soweit hierbei Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, welche die polizeiliche Genehmigung selbst betreffen, also mit der Wahrung der öffentlichen Interessen zusammenhängen.[1]) Soweit dagegen das Recht zur Wasserbenützung in Frage steht, handelt es sich um Rechtsverhältnisse, welche dem Privatrechte angehören (vgl. auch oben § 5).

2. Die Wasserbenützung durch Stauanlagen an den übrigen Privatgewässern.

Was die rechtliche Natur der Wasserbenützung durch Stauanlagen an den übrigen Privatgewässern anlangt, so haben hier die nämlichen Grundsätze zu gelten, wie sie unter 1 dargelegt wurden, mit der Maßgabe, daß hier Art. 51 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 WG. keine Anwendung findet, d. h. daß in dem zu erlassenden Bescheid über die Genehmigung der Anlage weder ein gesonderter noch sonst irgendein Ausspruch über die Wasserbenützungserlaubnis erforderlich ist. Es liegt dies auch in der Natur der Sache. Hier ist nicht mehr der Staat der Eigentümer des Gewässers, sondern die einzelnen Uferangrenzer bezw. der Flußbetteigentümer (Art. 24 WG.) oder der Eigentümer eines sonstigen geschlossenen Gewässers (Art. 16, 57 WG.). Nicht der Staat kann bei diesen Gewässerarten das Wasserbenützungsrecht einräumen; dies können nur die jeweiligen Wassergrundstückseigentümer. Daß auch hier das Recht zur Wasserbenützung privatrechtlicher Natur ist, geht aus den oben § 5 Ziff. 2 u. a. gemachten Ausführungen hervor. Auch hier verfügt der einzelne Wassergrundstückseigentümer lediglich über sein privates Eigentumsrecht am Gewässer.

Andererseits ist aber auch bei den Privatgewässern zur Wasserbenützung durch Stauanlagen usw. die gleiche polizeiliche Genehmigung erforderlich wie bei der Errichtung solcher Stauanlagen an öffentlichen Gewässern und den Staatsprivatflüssen und -bächen (Art. 50, 51 Abs. 2, 57 WG.), d. h. alle Rechtsverhältnisse, welche die polizeiliche Genehmigung betreffen, also die Wahrung der öffentlichen Interessen verfolgen, sind öffentlichrechtlicher Natur (s. oben § 6, 1).

---

[1]) VGHE. Bd. 19 S. 45 u. 92, Bd. 25 S. 119. Bd. 12 S. 23; vgl. auch KorrefRK. S. 77.

§ 7.

Das Fischereirecht.

Der Vollständigkeit halber ist auch das Fischereirecht noch kurz zu behandeln. Da nach Art. 69 EG. z. BGB. die landesrechtlichen Vorschriften über Fischerei unberührt geblieben sind, galt auch für Bayern das alte landesrechtliche Fischereirecht weiter bis zu seiner Neuregelung durch das Fischereigesetz v. 15. 8. 1908, welches am 1. 4. 1909 in Kraft getreten ist. Dieses Fischereigesetz und das bayerische Wassergesetz v. 23. 3. 1907 bilden zusammen das derzeit geltende wasserrechtliche bayerische Landesrecht. Das Fischereigesetz ist hierbei die lex specialis und das Wassergesetz die lex generalis hinsichtlich der rechtlichen Beziehungen der Fischereiberechtigten zu den übrigen Wasserinteressenten.

Nachdem das Fischereirecht grundsätzlich aus dem privatrechtlichen Eigentumsrecht am Wassergrundstück hervorgeht, ist dasselbe, abgesehen von den im öffentlichen Interesse (insbesondere zur Hebung der Fischzucht) bestehenden gesetzlichen Beschränkungen,[1]) privatrechtlicher Natur.

Bei der Beurteilung des Verhältnisses der Fischereiberechtigten zu den übrigen Wasserinteressenten ist von der Natur und dem Inhalte des Fischereirechtes auszugehen. Nach Art. 1 bayr. FG. umfaßt das Fischereirecht die Befugnis des Berechtigten, in dem Fischwasser dem Fischereirecht unterworfene Wassertiere zu hegen und sich anzueignen. Soweit diese Berechtigung reicht, soweit reicht auch der Schutz des Rechtes. Gegen Störungen in seinem Rechte wird der Berechtigte durch Gewährung der actio negatoria geschützt (§ 1004; BGB. Art. 9 Abs. 2 FG.), und außerdem steht ihm auch der possessorische Besitzesschutz (Art. 16 FG.) zu. Der Schutz des Fischereirechtes hat allerdings insofern eine erhebliche Einschränkung erfahren, als das Gesetz nicht selten den Anspruch des Fischereiberechtigten auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen auf einen Entschädigungsanspruch wegen der Störung einschränkt und damit dem Fischereiberechtigten eine Verpflichtung zur Duldung der Störung gegen Entschädigung auferlegt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn dem Störenden ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung zusteht, welches

---

[1]) Für Bayern kommt in dieser Beziehung nunmehr das neue bayer. FG. bezw. WG. in Frage.

ihm vom Gesetz oder auf Grund des Gesetzes von der Behörde eingeräumt ist.

Unter welchen Voraussetzungen dem Fischereiberechtigten wegen Beeinträchtigung seines Rechtes ein Schadensersatzanspruch zusteht, ist nicht immer leicht zu bestimmen. Das Reichsgericht hat (Bd. 58 S. 134, Bd. 63 S. 378) ausgesprochen, daß der Eigentümer, der durch Maßnahmen der Staatsgewalt, insbesondere durch Erteilung staatlicher Konzessionen, von der Verfolgung seines vollen negatorischen Anspruches nach § 1004 BGB. ausgeschlossen wird, gegen den Störer einen Anspruch auf Ersatz des durch die zu duldende Störung verursachten Schadens auch dann hat, wenn den Störer kein Verschulden trifft. Wenn dieser Satz für den Eigentümer gilt, muß er auch für den Inhaber eines selbständigen Fischereirechtes gelten, nachdem auch auf dieses nach Art. 9 Abs. 2 FG. die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entsprechende Anwendung finden,[1]) und in Übereinstimmung hiermit vertritt auch das bayerische Oberste Landesgericht (Entsch. d. ObLG. n. F. Bd. 6 S. 629) bezüglich der Schadensersatzpflicht des Störers des Fischereirechtes die Ansicht, daß die Entschädigung des Fischereiberechtigten ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Störers ein durch Billigkeitsgründe gerechtfertigtes Bedürfnis sei.[2])

Wegen schädigender Reinigung und Räumung des Fischwassers sowie wegen schädigender Wasserentziehung haben die Fischereiberechtigten jedenfalls dann einen Anspruch auf Schadensersatz, und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§ 823 Abs. 2 BGB.), wenn der in Anspruch Genommene den in dieser Hinsicht zum Schutz des Fischereiberechtigten erlassenen polizeilichen Vorschriften vorsätzlich oder fahrlässig zuwidergehandelt hat (vgl. Eymann Bd. 2 S. 204 und Bleyer S. 14). Entsteht durch die Entnahme von Wasser aus dem Fischwasser in Fällen gemeiner Gefahr dem Fischereiberechtigten ein verhältnismäßiger Schaden, so hat ihn die Gemeinde schadlos zu halten, soweit die Billigkeit nach den Umständen eine Schadloshaltung erfordert (Art. 28 Abs. 2 WG.). Die Fischereiberechtigten haben endlich, wie wir schon an früherer Stelle erwähnt haben, einen obligatorischen Anspruch darauf, daß sie vor der Erteilung der Erlaubnis zur Errichtung einer Wasserbenützungs-

[1]) Daß die Vorschriften des BGB. über Eigentum und die Ansprüche daraus für das selbständige Fischereirecht des bayerischen Rechtes zur Anwendung zu gelangen haben, folgt neben der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 9c FG. aus dem Schweigen des WG. (vgl. Art. 109 Abs. 2 WG.).

[2]) vgl. auch Bleyer, Das FG., München und Berlin, 1909 S. 14.

anlage gehört werden; wird durch die Anlage ihr Recht beeinträchtigt, so haben sie gegen den Unternehmer einen Schadensersatzanspruch. —

§ 8.

Schlußbemerkung.

Wenn wir nun zum Schlusse unsere Ausführungen kurz zusammenfassen, so ergibt sich folgendes Bild:

Die rechtliche Natur der Wasserbenützung darf weder am öffentlichen noch am privaten Gewässer verschieden aufgefaßt werden, ebensowenig, als eine verschiedene Konstruktion des Eigentumsrechtes am öffentlichen und am privaten Gewässer zulässig erscheint; die beiden Gewässerarten müssen vielmehr in dieser Beziehung völlig gleich behandelt werden.

Was sodann die Rechtsnatur der Wasserbenützung selbst anlangt, so wird man bei der Beurteilung derselben im einzelnen Falle vorsichtig zu Werke gehen müssen. Man wird stets vor allem sich über die Rechtsnatur des Eigentums am Gewässer klar zu werden versuchen und sodann, je nach der Konstruktion dieses Eigentums am Gewässer, in der Folge diejenigen Rechte zur Wasserbenützung, welche aus dem Eigentumsrechte am Gewässer hervorgehen, genau auseinanderhalten von den übrigen Rechten und Verbindlichkeiten, welche sich bei der Wasserbenützung, insbesondere hinsichtlich der Art und Weise derselben, ergeben können. Faßt man, wie wir es oben getan, das Eigentumsrecht am Gewässer als reines zivilrechtliches auf, so wird man zu dem Ergebnis kommen, daß die Rechtsnatur der Wasserbenützung im Grunde genommen privatrechtlicher Natur ist.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.